História interna do Direito Romano Privado até Justiniano

Luís Antônio Vieira da Silva

Edições do
Senado Federal

Volume 106

Edições do Senado Federal

1 – *O Rio de Janeiro do Meu Tempo*, Luís Edmundo.
2 – *Canudos e Outros Temas*, Euclides da Cunha. Apresentação Cyl Gallindo.
3 – *Memórias do Meu Tempo*, Pereira da Silva.
4 – *O Ensino Público no Brasil*, A. de Almeida Oliveira. Prefácio Professor David Gueiros.
5 – *A Campanha de Canudos*, Aristides A. Milton.
6 – *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823* – Vols. I, II e III.
7 – *O Abolicionismo*, Joaquim Nabuco.
8 – *Missão Rondon*. Apontamentos de autoria de Cândido Mariano de Silva Rondon.
9 – *Ensaios e Estudos*, Capistrano de Abreu.
10 – *Luiz Carlos Prestes, o Constituinte, o Senador (1946 – 1948)*. Organizador: Sérgio Braga.
11 – *A Ilusão Americana*, Eduardo Prado.
12 – *Os Deputados Brasileiros nas Cortes Gerais de 1821*, Gomes de Carvalho.
13 – *Dois Anos no Brasil*, F. Biard.
14 – *Balmaceda*, Joaquim Nabuco.
15 – *Conselhos aos Governantes* (reimpressão). Autores diversos.
16 – *Narrativa de Serviços no Libertar-se o Brasil da Dominação Portuguesa*, Lorde Cochrane.
17 – *Viagens pelo Amazonas e Rio Negro*, Alfred Russel Wallace.
18 – *A Independência e o Império do Brasil*, A. J. de Melo Morais.
19 – *História do Império*, Tobias Monteiro.
20 – *História da Independência do Brasil*, Francisco Adolfo Varnhagen (Visconde de Porto Seguro).
21 – *A Intervenção Estrangeira Durante a Revolta de 1893*, Joaquim Nabuco.
22 – *Relatório da Comissão Exploradora do Planalto Central do Brasil – Relatório Cruls*, Luís Cruls.
23 – *História da Cidade de São Paulo*, Afonso de E. Taunay.
24 – *Na Capitania de São Vicente*, Washington Luís.
25 – *História da Capitania de São Vicente*, Pedro Taques de Almeida Pais Leme.
26 – *O Ocaso do Império*, Oliveira Viana.
27 – *Populações Meridionais do Brasil*, Oliveira Viana.
28 – *Jornal de Timon*, João Francisco de Lisboa.
29 – *Notas para a História do Ceará*, Guilherme Studart.
30 – *Ensaio Corográfico sobre a Província do Pará*, Antônio Ladislau Monteiro Baena.
31 – *Fundação de Belém do Pará*, Ribeiro do Amaral.
32 – *Os Muckers – Episódio Histórico Extraído da Vida Contemporânea nas Colônias Alemãs no Rio Grande do Sul*, Padre Ambrósio Schupp.

33 – *Diário da Minha Viagem para Filadélfia*, Hipólito da Costa Pereira.
34 – *História Econômica do Brasil*, Roberto C. Simonsen.
35 – *Amapá, a Terra onde o Brasil Começa*, José Sarney e Pedro Costa.
36 – *Dom Pedro e Dom Miguel – A Querela da Sucessão*, Oliveira Lima.
37 – *O Velho Senado*, Machado de Assis.
38 – *Código Filipino.* Vols. I, II, III, IV.
39 – *A Abolição*, Osório Duque Estrada.
40 – *O Presidente Campos Sales na Europa*, Tobias Monteiro.
41 – *Memórias da Rua do Ouvidor*, Joaquim Manuel de Macedo.
42 – *Um passeio pela cidade do Rio de Janeiro*, Joaquim Manuel de Macedo.
43 – *O Brasil Holandês sob o Conde João Maurício de Nassau*, Gaspar Barléu.
44 – *As Aventuras de Nhô-Quim e Zé Caipora*, Ângelo Agostini.
45 – *A Casa de Cunhaú*, Luís da Câmara Cascudo.
46 – *As obras dos engenheiros militares Galluzzi e Sambuceti e do arquiteto Landi no Brasil Colônia do séc. XVIII*, Ricardo Fontana.
47 – *História dos Símbolos Nacionais*, Milton Luz.
48 – *História do Positivismo no Brasil*, Ivan Monteiro de Barros Lins.
49 – *A Amazônia na Era Pombalina*, Marcos Carneiro de Mendonça. Tomos I, II e III.
50 – *Inventário de Documentos Históricos Brasileiros*, Ivoncísio Meira de Medeiros.
51 – *A Verdade como Regra das Ações*, Farias Brito.
52 – *O Mundo Interior*, Farias Brito.
53 – *A Base Física do Espírito*, Farias Brito.
54 – *Inéditos e Dispersos – Notas e Variações sobre Assuntos Diversos*, Farias Brito.
55 – *Finalidade do Mundo*, Farias Brito. Vols. I, II e III.
56 – *O Estado Independente do Acre e J. Plácido de Castro – Excertos Históricos*, Genesco de Castro.
57 – *500 Anos de História do Brasil*, Olavo Leonel Ferreira.
58 – *A Vida de Luiz Viana Filho*, João Justiniano da Fonseca.
59 – *Campanha Abolicionista no Recife – Eleições de 1884*, Joaquim Nabuco.
60 – *O Meio Circulante no Brasil*, Julius Meili.
61 – *Viagem ao Rio Prata e ao Rio Grande do Sul*, Arsene Isabelle.
62 – *ABC das Alagoas – Dicionário Bibliográfico, Histórico e Geográfico de Alagoas*, Francisco Reinaldo Amorim de Barros – Tomos I e II.
63 – *Batalha de Caiboaté – Episódio Culminante da Guerra das Missões*, General Ptolomeu de Assis Brasil.

Imperador Justiniano I (Tauresium, 482 – Constantinópolis, 565),
detalhe de mosaico San Vitale de Ravena.

História interna do Direito Romano Privado até Justiniano

SENADO
FEDERAL

. . . .
Edições do Senado Federal – Vol. 106

História interna do Direito Romano Privado até Justiniano

Luís Antônio Vieira da Silva

Natural do Maranhão
Doutor em Leis e Cânones pela Universisade
de Heidelberg no Grão-Ducado de Baden

Brasília – 2008

Sumário

. . . .

Luís Antônio Vieira da Silva – o homem e a obra

José Carlos Moreira Alves

LUÍS ANTÔNIO VIEIRA DA SILVA, filho do senador Joaquim Vieira da Silva e Sousa e de Columbina de Santo Antônio Gayoso de Sousa Vieira, nasceu em Fortaleza (CE), em 2 de outubro de 1828.

Em 1854, quando já era doutor em leis e em cânones pela Universidade de Heidelberg no Grão-Ducado de Baden, começou sua carreira pública como secretário do governo do Maranhão, província que ele veio a representar na Assembléia Provincial de 1860 a 1861 e, na Assembléia Geral, desde este ano até 1864 e de 1867 a 1871, passando, a partir de então, a representar a mesma província no Senado. Mais tarde, participou do gabinete que, em 13 de maio de 1889, extinguiu a escravidão, tendo sido, posteriormente, convidado pelo Imperador para organizar o gabinete que sucederia aquele, o que não lhe foi possível fazer em virtude da dissidência existente em seu partido político.

Agraciado com o título de Visconde de Vieira da Silva, foi, além de cavaleiro da Ordem da Rosa, grão-mestre da Maçonaria e sócio, dentre outras associações nacionais e estrangeiras, do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Nas letras, deixou duas obras importantes: a História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano *e a* História da Independência da Província do Maranhão (1821-1828).

Luís Antônio Vieira da Silva *faleceu no Rio de Janeiro em 3 de novembro de 1889.*

*

No ano – 1854 – em que se instalou, na Faculdade de Direito de São Paulo, a cadeira de Institutos de Direito Romano, *a primeira que integrou os cursos jurídicos no Brasil (só em 1855 é que ela seria inaugurada na Faculdade de Direito de Recife), veio à luz o primeiro manual de direito romano publicado em nosso país: a* História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano. *Editado por Eduardo & Henrique Laemmert no Rio de Janeiro, seu autor era o maranhense Luís Antônio Vieira da Silva, já, então, doutor em Leis e em Cânones pela Universidade de Heidelberg. Em verdade, era o primeiro livro escrito em língua portuguesa sobre a história interna do direito romano, como salienta seu autor nas palavras introdutórias que dirigiu aos leitores: "Sendo este o primeiro trabalho que aparece em língua portuguesa sobre a história interna do direito romano privado não podemos resistir à lisonjeira idéia, de que, publicando-o, pudesse vir a ser de alguma utilidade para o desenvolvimento do estudo do direito romano no nosso país, e também em Portugal." Antes dele, só existia, editado pela Imprensa da Universidade de Coimbra, em 1848, o* Manual Histórico do Direito Romano, *escrito pelo português Antônio Luís de Sousa*

Henriques Seco, e que se limitava à exposição da história externa do direito romano.

O manual de Luís Antônio Vieira da Silva, considerando-se o meio e a época em que foi escrita, é notável.

É ela constituída de uma introdução e de quatro livros, referentes, respectivamente, ao direito das pessoas, aos iura in re, *à sucessão e às obrigações.*

Em sua exposição, Luís Antônio Vieira da Silva, a par de demonstrar amplo conhecimento da literatura romanística germânica de sua época – há citações de obra de Spangenbert, Boeking, Puchta, Dirksen, Schilling, Hugo, Tibaut, Walter, Savigny, Vangerow, Zimmern, Rhein, Hasse, Dans, Walch, Huschke, Schwanert, Hoffman –, documenta todas as passagens de seu manual com abundantíssima indicação não só de fontes jurídicas pré-justinianéias e justinianéias, mas também de fontes literárias.

Essa documentação, apresentada em notas sintéticas, não retira o caráter didático do texto da obra, o qual, em linguagem clara, fornece uma síntese precisa da evolução das instituições de direito privado romano em conformidade com o que de melhor se escrevera na Alemanha do tempo.

Esse livro, que até hoje pode ser lido com proveito, não foi, porém, utilizado no ensino das duas Faculdades de Direito então existentes: a de São Paulo e a de Recife.

Nesses Cursos Jurídicos, seguindo-se a tradição vinda de Coimbra – onde o Aviso Régio de 7 de maio de 1805, com base em Alvará de 16 de janeiro do mesmo ano, determinara fosse usado como compêndio para o estudo das Instituições de Direito Romano as Institutiones Iuris Civilis Heineccianae emendatae atque reformatae escritas por J. Pedro Waldeck *–, adotou-se, no início, esse compêndio de Waldeck, obra de segunda ordem, seca e de di-*

fácil compreensão para os alunos. Na Faculdade de Direito de São Paulo, o livro de Waldeck só serviu de base para as lições de João Crispiniano Soares – seu primeiro professor de direito romano – no segundo semestre de 1854 e durante o ano de 1855, pois já em 1856 ele o substituía pelas Institutiones Iuris Romani Privati *de Warnkoenig, livro que, para facilidade de seu estudo pelos alunos, foi traduzido para o vernáculo por Antônio Maria Chaves e Melo em 1863, sendo que, em 1882, dela saiu uma segunda edição. Também na Faculdade de Direito do Recife, o compêndio de Waldeck foi substituído pelo de Warnkoenig em época que não me foi possível averiguar.*

***

Tendo a História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano, *de autoria de Luís Antônio Vieira da Silva ficado na primeira edição, tornou-se ela raridade bibliográfica, sendo louvável, para resgatá-la do imerecido esquecimento, a iniciativa do Senado de reeditá-la como marco, no século XIX, de nossa cultura jurídica.*

. . . .

Luís Antônio Vieira da Silva – Visconde de Vieira da Silva

Milson Coutinho*

Notas Genealógicas[1]

Luís Antônio Vieira da Silva, jornalista, poeta, historiador, parlamentar, bacharel em direito, presidente de província, líder maçônico e ministro no Império, nasceu na cidade de Fortaleza, Ceará, em 2.10.1828, quando seu pai ali exercia o cargo de juiz de fora.

Filho de Joaquim Vieira da Silva e Sousa, bacharel por Coimbra, parlamentar e ministro, presidente do Maranhão, membro do Supremo Tribunal de Justiça, e de sua mulher, Columba de Santo Antônio Gaioso de Sousa. Neto paterno do brigadeiro de milícias Luís Antônio Vieira da Silva, a quem se passou brasão de armas em 30.7.1804, lavrador e senhor de engenhos na região do Itapicuru, e

---

* Historiador, desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e historiador; o presente texto foi extraído do livro *Fidalgos e Barões,* de sua autoria. São Luís: Instituto Geia, 2005.

1 Notas baseadas em livros de registro de testamentos do Arquivo do Tribunal de Justiça do Maranhão.

governador da fortaleza do Calvário a partir de 1801, situada na vila de N. S. do Rosário, e de sua mulher, Maria Clara Gomes de Sousa. Esta era filha do tenente-coronel José Antônio Gomes de Sousa, a quem também se passou brasão de armas em 28.9.1798, neta de Antônio Gomes de Sousa e bisneta de Filipe Marques da Silva e de sua mulher, Rosa Maria do Espírito Santo. O avô de Maria Clara, Antônio Gomes de Sousa, era cunhado do mestre-de-campo Lourenço Belfort, pelo casamento deste com irmã de Antônio Gomes, Ana Teresa de Jesus Belfort. Bisneto paterno do capitão do regimento da tropa paga do Exército real, José Vieira da Silva, natural de Portugal, administrador da Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão (1760-1776), e de sua mulher, também portuguesa, Ana Maria da Assunção Vieira da Silva. Terceiro neto paterno de Antônio Vieira da Silva, negociante português, e de sua mulher, Josefa Maria Silva. Quarto neto paterno de Francisco Pires Monção. Pelo lado materno, o visconde de Vieira da Silva, filho de Columba de Santo Antônio, era neto do coronel do regimento de milícias do Itapicuru, sediado nas Aldeias Altas, Raimundo José de Sousa Gaioso, e de sua mulher, Ana Rita Gomes de Sousa Gaioso. Bisneto materno de João Henriques de Sousa, português, e de Micaela Adunate Gaioso de Sousa, natural da Argentina.

Apontamentos Históricos

Feitos os preparatórios, foi mandado pelo pai para a Alemanha, onde se matriculou na Universidade de Heidelberg, graduando-se em leis e cânones, no grão-ducado de Baden, em 20.4.1849, portanto aos 21 anos de idade.

De retorno ao Maranhão, e segundo as pesquisas de seu descendente Luís Cortês Vieira da Silva[2]*, Luís Antônio contraiu*

2 Documentos que nos foram cedidos por sua filha, Dra. Eneida Vieira da Silva.

núpcias com sua prima, Maria Gertrudes Gomes de Sousa, filha do coronel Inácio José Gomes de Sousa e irmã do matemático Joaquim Gomes de Sousa, cerimônia celebrada na matriz de Itapicuru-Mirim em 3.3.1851. O casamento durou cerca de dois anos, porque Gertrudes faleceu muito jovem, na cidade de São Luís, em 24.11.1853. O casal não teve filhos. Contraiu Luís Antônio segundas núpcias com Maria Gertrudes da Mota de Azevedo Correia, nascida no Rio Grande do Sul, filha de Tibério da Mota de Azevedo Correia, que servia no Maranhão e era parente do poeta Raimundo da Mota de Azevedo Correia. A celebração religiosa ocorreu em São Luís em 20.4.1855. A mãe de Maria Gertrudes era do Maranhão e descendia da família Barros e Vasconcelos, e se chamava Raimunda de Barros e Vasconcelos. Desse segundo matrimônio, o visconde de Vieira da Silva teve os seguintes filhos: Maria Gertrudes, Raimundo José, Helena e Maria José Vieira da Silva.

Cargos Públicos

Seu primeiro emprego, ao voltar da Europa, foi o de secretário de governo na administração do presidente da província em exercício, tenente-general Manuel de Sousa Pinto Magalhães (1852-1854). Continuou no cargo no governo do presidente Antônio Cândido da Cruz Machado (1854-1855) e no do substituto deste, José Joaquim Teixeira Belfort (1855). Encerrou seu termo na administração do futuro barão de Coroatá, Manuel Gomes da Silva Belfort (1857), quando passou o cargo a Francisco Batista da Cunha Madeira. Advogado conceituado, esquivava-se sempre do exercício da profissão, em virtude de seu pai, Joaquim Vieira, exercer o cargo de desembargador do Tribunal maranhense. Exerceu, também, o cargo de procurador da Fazenda (1857-1858), diretor da Divisão de Terras Públicas da Província do Maranhão (1859-1860), cargo de que

pediu dispensa, em virtude de haver sido eleito deputado provincial em 1860. Nessa legislatura, foi escolhido por seus pares para presidente da Assembléia Legislativa Provincial.

O Deputado do Império

Antes de concluir o seu biênio de deputado, foi eleito deputado-geral à Câmara Temporária. Não exerceu o mandato em sua plenitude, em razão de o imperador haver dissolvido a Assembléia Geral do Império, legislatura 1861-1863. Nos pleitos seguintes, logrou a reeleição com expressiva margem de votos e teve assento na Câmara dos Deputados de 1867 a 1873. Lá, revelou seu talento e cultura, quer na tribuna e nas comissões técnicas quer nos grandes debates do plenário. Foi nomeado pelo imperador para o cargo de presidente da província do Piauí (1869-1870).

O Senador

O senador Francisco José Furtado, outro ilustre "maranhense", nascido em Oeiras (PI), mas criado, desde dois anos em Caxias por Raimundo Teixeira Mendes (o velho), faleceu no exercício do mandato de senador em 23.7.1870. À vaga aberta concorreu o deputado Luís Antônio Vieira da Silva. A escolha da lista tríplice foi acirrada, sendo esta a ordem dos sufrágios recebidos pelos candidatos: Luís Antônio Vieira da Silva, 732 votos; Joaquim José de Campos da Costa Medeiros e Albuquerque, 730 votos; desembargador José Mariani, 729 votos; desembargador Manuel de Cerqueira Pinto, 712 votos; José Maria Barreto Júnior, barão de Anajatuba, 707 votos (TAUNAY, 1978, p. 198). O imperador, por carta de 13.5.1871, nomeou Vieira da Silva para a vaga. Ele exerceu esse cargo vitalício até praticamente a Proclamação da República, tendo falecido às vésperas da queda do Império, no Rio de Janeiro, em 3.11.1889. Esteve no exercício do cargo de presidente da província

do Maranhão, em caráter interino, em 1876. Na Corte do Rio de Janeiro, Vieira da Silva foi distinguido com altos postos na administração. Foi conselheiro do imperador, ministro da Marinha em 1888 e visconde com grandeza em 5.1.1889.

Dos seus filhos, a primogênita casou-se, em São Luís, com seu primo-irmão João Henrique Vieira da Silva, homem de letras, bacharel em direito; Raimundo José Vieira da Silva, também bacharel, era moço fidalgo da Casa Imperial e presidente da província do Espírito Santo; Helena faleceu solteira e, finalmente, Maria José Vieira casou-se com Tito Joaquim de Lemos, no Rio de Janeiro, em 1886.

O Homem de Letras

Vieira da Silva, ao regressar da Europa, encontrou na terra natal a efervescência política e jornalística costumeira, quando já se esboçavam duas alas poderosas que iriam terçar armas durante todo o Segundo Império. De um lado os conservadores e do outro os liberais.

Registre-se, para que seja mantida, tanto quanto possível, a cronologia da vida literária do futuro visconde, que, antes de embarcar para a Alemanha, dera seus passos iniciais na república das letras. Aos 16 anos de idade, ou seja, em 1844, fundou, com os companheiros de sua geração, a Associação Literária Maranhense, responsável pela publicação do periódico literário intitulado Jornal de Instrução e Recreio*, em 1.1.1845, o que se chamava então de jornal-revista, com notícias de viagens, doutrina, contos, biografias e crônicas. O presidente da Associação foi Vieira da Silva, compondo o restante da diretoria Augusto Frederico Collin, Roberto Augusto Collin, Augusto César dos Reis Raiol, José Tell Serrão e Antônio Henriques Leal.*

Em 1846, Vieira da Silva foi deslocado para a comissão revisora da entidade, sendo eleito para a presidência Alexandre Teófilo de Carvalho Leal, época em que Gonçalves Dias havia sido eleito para sócio honorário. Nesse jornalzinho, Vieira da Silva publicou suas poesias de estréia, intituladas "Dom Luís", "Lira", "A Uma Flor" e matérias várias. O Jornal de Instrução e Recreio *só circulou por cerca de um ano. Isso foi suficiente para deixar em suas colunas as marcas de futuros mestres da literatura, dentre os quais Antônio Carneiro Homem de Souto-Maior, Antônio Rego, Frederico José Correia, José Joaquim Ferreira Vale, Manuel Benício Fontenele e outros mais.*

Vieira da Silva parece se ter dado conta de que a poesia não era seu forte, de modo que mergulhou no jornalismo. Nova Era, *jornal conservador do barão de São Bento, acolheu os artigos do jovem intelectual. Logo estava a redigir* A Conciliação, *de Antônio Rego e Marques Rodrigues, e depois* O Estandarte.

Em 1863, abriu cisão com seus antigos companheiros de credo político e fundou o Partido Constitucional, que tinha no jornal A Situação *o órgão que defendia o programa desse novo grêmio político, integrado por Vieira da Silva, Silva Maia, José Barreto, Colares Moreira e outros mais. Foi por esse tempo que fundou o Instituto Histórico e Geográfico, instituição provincial que pretendia arregimentar a chamada classe literária, a exemplo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, cenáculo-maior das letras imperiais, no Rio de Janeiro. Revela DINO (1974, p. 55) que o Instituto abrigou, inicialmente, nomes que futuramente ganhariam peso literário, dentre os quais João da Mata de Morais Rego, César Augusto Marques, João Vito Vieira da Silva e Torquato Rego.*

Sem maior futuro, o primeiro IHGM naufragou. Em seu lugar nasceu a Academia de Letras do Maranhão, iniciativa de

Vieira da Silva, que funcionava numa das salas do Instituto de Humanidades, de Pedro Nunes Leal. Também não foi à frente. Lá deixaram seus nomes, como sócios, Sotero dos Reis, Coutinho de Vilhena, Heráclito Graça, Henriques Leal, Antônio Rego e muitos outros.

Bibliografia

A produção literária esparsa de Vieira da Silva em jornais em poesia e prosa, daria, se enfeixada na unidade de um livro, alentado volume. Segundo DINO (1974, pp. 12-14, 16-17, 23), o intelectual maranhense deu à estampa: "Dom Luís", balada; "Lira", poema; "A uma flor", poema; "Os três botões de rosa", poema; "A Lília", poema; "O templo, o vate e o donzel", prosa; "Os duelos da Groenlândia", prosa. Traduziu notáveis poetas alemães, franceses e ingleses, idiomas que Vieira da Silva dominava com maestria. BLAKE (1970, vol. 5, p. 364) alinha estas produções literárias do visconde de Vieira da Silva:

1) Jornal de Instrução e Recreio*, publicado pela Associação Literária Maranhense, São Luís, 1845-1846, 191 p. in 4º. Nessa revista, com 24 números, Vieira da Silva publicou matérias assinadas, mas muito do que se divulgou sem assinatura é de sua lavra;*

2) História interna do direito romano privado até Justiniano*, Rio, 1854, 397 p., com prefácio de Antônio Henriques Leal. Está dividido em quatro seções: direito das pessoas, direito das coisas, direito das sucessões e direito das obrigações;*

3) História da independência da província do Maranhão, 1822-1828*, São Luís, 1862, 260 p., seguida de mais 52 p. com documentos apensos.*

4) Questão religiosa*, discurso proferido no Senado do Império, Rio, 1873, 22 p. in 8º;*

5) Voto de graças, *discurso na Câmara, Rio, 1888, in 8º;*

6) A ciganinha do Norte, *poesias traduzidas do alemão, Rio, 1854;*

7) Na grinalda de flores poéticas, *jornal* Correio das Modas, *Rio, 1854, além de várias composições poéticas estampadas no* Jornal das Senhoras, *e outras que, segundo BLAKE (1970, vol. 5, p. 364), ficaram inéditas.*

8) Filosofia, história e religião, *discurso proferido no Senado sobre a questão religiosa. Seria este o melhor título para um dos mais profundos estudos de Vieira da Silva. A publicação desse belo trabalho restringiu-se aos anais do Senado.*

A MEU PAI

O

Dr. JOAQUIM VIEIRA DA SILVA E SOUSA

do Conselho de Sua Majestade o Imperador,

Presidente da Relação do Maranhão.

. . . .

Ao leitor

Vieira da Silva

SENDO este o primeiro trabalho que aparece em língua portuguesa sobre a história interna do direito romano privado, não podemos resistir à lisonjeira idéia, de que, publicando-o, pudesse vir a ser de alguma utilidade para o desenvolvimento do estudo do direito romano no nosso país, e também em Portugal.

Não é um trabalho perfeito; mas quem tiver conhecimento das dificuldades com que tem de lutar quem se propõe a escrever sobre matérias científicas no nosso país poderá ser indulgente para conosco, que por demais, talvez, tenhamos confiado na bondade daqueles para quem escrevemos, esperando que nos revelem algumas das imperfeições deste livro, filhas da brevidade com que fazemos esta publicação, se é que tais imperfeições não nascem da falta de suficiente capacidade nossa, e da experiência que só trazem longos anos de estudo e de meditação.

Duas existências estavam reservadas ao direito romano: a primeira para o povo romano; a segunda para os séculos futuros.

Acabou a sua primeira existência em meados do segundo século da era cristã; a segunda principiou com Diocleciano, ou para melhor dizer no tempo de Constantino. Mais feliz do que seus antecessores, Justiniano conseguiu pôr ao abrigo do tempo a legislação romana; e pôde dar-lhe, nas suas coleções, que possuímos com o nome de Corpus juris civilis, *a forma com que de então para cá tem sido conhecido. A segunda época desta segunda existência começou 800 anos depois, em princípios do meado do século XII. Irnerius, em Bolonha, escreveu notas curtas,* glossas *sobre as coleções de Justiniano; abriu uma escola de direito romano; ele e seus sucessores chamaram-se até meados do século XIII,* glossadores.

Antes dos glossadores era incompleta a existência deste direito e profundamente incerto o conhecimento que dele se tinha; isto tanto assim era que depois até se supôs que por muitos séculos caíra em desuso, e que só fora descoberto pelos glossadores. Desse imperfeito conhecimento que se tinha do direito romano resultou a imperfeita aplicação que dele se fez. Irnerius e seus sucessores, reunindo as coleções que existiam dispersas, não limitaram só a isso o seu trabalho, mas tornaram-se tão senhores do corpus juris civilis *que o sabiam de cor e salteado. É este conhecimento profundo dos materiais dispersos no* Corp. jur. civ., *a explicação feita do que nele se contém – o principal trabalho teórico da escola dos glossadores; é este o merecimento que eles se granjearam para o futuro, como pais da nova jurisprudência. Outra revolução, e não menos importante para a nova história do direito romano quanto ao resultado prático, foi também por eles feita, e vem a ser a grande extensão que conseguiram dar à aplicação deste direito.*

À sua validade científica, ao seu caráter em geral europeu deve o direito romano o ter-se vulgarizado; porquanto os glossadores

apenas foram órgãos das vistas gerais de todos os homens instruídos desse tempo.

A nova jurisprudência não encontrou em Espanha obstáculos por ser aí o direito romano, direito pátrio; o mesmo aconteceu no Sul da França; ao passo que no Norte viu-se em conflito com o direito germânico costumeiro; vindo depois a adquirir aí a maior validade científica possível; passou para a Inglaterra e para a Escócia, e neste último país tem ainda muita influência, o que dá à jurisprudência escocesa decidida superioridade sobre a inglesa, à qual apenas podemos imputar caráter científico; finalmente foi à Escandinávia, e à Alemanha, que entre todos os países estava reservada a figurar à frente deste movimento científico.

*Hoje, pois, o direito romano recebido é aquele que Justiniano nos deixou; não é o denominado (*jus antejustinianeum*) isto é, os escritos anteriores ao tempo de Justiniano, e que fazem parte do* Corpus juris civilis, *escritos estes que só têm influência jurídica mediata como adjutórios importantes para melhor conhecimento do direito justinianeu; assim também não é recebido o* jus postjustinianeum, *isto é, a legislação dos imperadores bizantinos que se seguiram.*

A nossa tarefa limita-se à parte histórica, e esta só até Justiniano.

Maranhão, 22 de setembro de 1853

. . . .

Introdução

§

Objeto e Plano desta Obra

1. É A HISTÓRIA do direito romano privado o objeto deste livro; limitaremos, porém, a nossa tarefa ao seu desenvolvimento só até Justiniano. A importância do direito romano nos está mostrando, de si mesmo, qual deve ser a da sua história, a necessidade desta, e o profundo estudo que sobre ela necessitamos fazer para bem entrarmos no espírito das leis, e divisões jurídicas adotadas pelos modernos. Se, pois, a história do direito romano é da maior importância, tanto mais quanto devemos considerá-la como história do desenvolvimento da inteligência humana; não pode como tal ser despida de interesse para todos; e se os jurisconsultos romanos asseguraram a este direito a imortalidade, fazendo-o passar, e servir para outros tempos e para outros homens, de maneira que ainda hoje é estudado como modelo, e como a fonte da qual emana o direito de todas as nações civilizadas, convém ao jurisconsulto procurar conhecê-lo perfeitamente para assim marchar sempre seguro pela vereda, que deseja trilhar.

O filólogo dele precisa, para melhor conhecimento da Antiguidade, assim como dos clássicos antigos, dos quais necessariamente lhe deverão ser muitas passagens escuras, sem um tal ou qual conhecimento de direito romano. O jurisconsulto deve ser um tanto filólogo, assim como o filólogo um tanto jurisconsulto.

O direito romano existe ainda hoje não como um *passado*, e sim como um *presente*: é um modelo; existe pela sua importância para a ciência do direito; e o nosso não se compõe senão de pensamentos todos romanos; existe não por assim o ter querido e autorizado o legislador; mas pela força da convicção científica.

A história do direito faz-nos conhecer o direito positivo desde a sua origem até a sua perfeição. Como exposição, que é de suas sucessivas modificações, tem a história do direito duas tendências. O seu organismo desenvolve-se, e modifica-se com relação ao todo, ou a uma de suas partes; e cada uma dessas partes tem uma história, embora conjunta e dependente do todo. A história do direito tem dous lados bem distintos: o que abrange seu todo, e a história de cada uma das suas partes. Esta chama-se *história interna* do direito, ou *antiquitates juris*; aquela chama-se *história externa*, ou então *historia juris*[1].

Os métodos a seguir são dous: o primeiro é o *sincronístico* introduzido por Hugo; o segundo é o *cronológico* seguido por Haubold, de Savigny, Zimmern, Thibaut e outros muitos. O primeiro divide a história do direito romano em períodos e mostra como o direito se formou e se desenvolveu em cada período, ou como existia no fim de cada um deles; o segundo dá a história de cada matéria, sem interrupção, desde a sua origem até perfeição, ou seu desaparecimento no tempo de Justiniano, ou mesmo antes. Ambos estes métodos têm suas vantagens, assim como desvantagens: o primeiro, porém, é mais difícil pela divisão em períodos; por isso que todas as matérias não se foram desenvolvendo ao mesmo tempo; acrescentando ainda, que muitas vezes é incerta a origem ou incerta a época das modificações, que sofreu a legislação. Julgamos, portanto, mais conveniente expor as matérias, que são objeto da história interna sem interromper uma para saltar para outra, antes de concluir aquela. O mesmo, porém, já não acontece com a história externa, sendo-lhe preferível a divisão sem períodos.

Os períodos são quatro: o primeiro é da fundação de Roma até a Lei das XII Tábuas, 300 anos, de 750 a 450 antes de J. C.; o segundo,

---

1 Bruscky, *Anotações a Waldeck*, Coimb. 1845. Seco, *Manual Histórico de Direito Romano*, Coimb. 1848.

da Lei das XII Tábuas à monarquia no reinado de Otaviano, 420 anos, 450 a 30 antes de J. C; o terceiro, de Otaviano até Constantino o Grande, 350 anos, de 30 antes de J. C. 320 depois de J, C.: o quarto finalmente, de Constantino até a morte de Justiniano, 250 anos, de 320 570 depois de J. C.

. . . .

Fontes da história do direito romano privado

I. MONUMENTOS

A – *Inscrições e documentos*[1]

§ 2. TUDO O QUE DIZ RESPEITO aos romanos são fontes; e não são só livros, porém, também monumento escritos de outra espécie, como, por exemplo: inscrições[2], documentos[3] e mesmo moedas, e medalhas romanas[4].

---

1 – E. Spangenberg, Jur. Rom. Tabule negotiorum solemnium modo in cere, modo in marmore, modo in charta superstites. Lips. 1822. C. G. Hauboldi, Antiq. Rom. Monumenta legalia. Sect. II.

2 – J. C. Orelli, Inscriptionum latinar. Selctarum amplíssima collectio etc. 2 T. Turici 1828. 8. Entre as coleções antigas são importantes a de J. Gruter: Inscriptiones antiquae totius orbis Romani in corpus absolutissimum redactae. Heidelberg. 1603, fol. et cum notis Gudii cura Graevii, Amestel. 1707. fol.; a de L. A. Muratori: Novus thesaurus veterum inscriptionum in praecipus earum collectionibus hactenus praetermissarum. 4 T. mediol. 11739-42. fol.

3 – (Scip. Maffei.), Istoria diplomatica etc. Mantova 1727. 4 G. Marini Papiri diplomatici. Roma. 1805. fol.

4 – Ezech. Spanhem, de praestant. et usu numism. Antiq. Rom. 1664; última edição Amestel. 1717. fol J. H. Eckhel, Doctrina nummorium veterum, 8 vol. Vindobon. 1792-98. 4.

As fontes, ou são jurídicas, ou não: como jurídicas, consideramos aquelas cujo fim é todo e puramente jurídico; assim como não jurídicas as que casualmente tratam de matéria, ou trazem notícia jurídica, e que por isso se tornam de interesse para a jurisprudência.

Têm interesse jurídico entre as inscrições, e documentos antigos os seguintes:

Senatusconsultum de Bachanalibus[5] de a. U. 566.

Os fragmentos da *Lex Thoria*[6], de a.u. 647.

Os fragmentos de *Lex Servilia repetundarum*[7] a.u. 648, e 654.

O *Plebiscitum de Thermensibus*[8], talvez de a.U. 682.

A *Lex Julia municipalis*[9], de a.u. 709, ou 710, geralmente chamada *Tabula Heraclensis*.

Um fragmento da *Lex Gallia*, *Cisalpina*[10], a.U. 712.

A *obligatio prediorium*, a que também (erroneamente) se deu o nome de *Tabula alimentaria Trajani* [11], a. U. 855-866.

II. LIVROS

§ 3. Classificaremos os livros em jurídicos, meio jurídicos e não jurídicos.

---

5 – Impresso em Hauboldi Monumenta legalia p. 5-7. A chapa de metal existe no Muso imperial de Viena d'Áustria.

6 – Hauboldi Monumenta legalia p. 22 e seguintes. Por último publicada e trabalhada por Rudorff em a Zeitchrift fuer geschichtl. Rechtswissenschaft T. X p. 1-194; compare-se com Huschke em Richter's Krit Jahrb. T. X p. 579 e seg.

7 – Fragmenta legis serviliae repetund. Ex tabulis cereis primum conjunxit, restituit. Illustravit C. A. C. Klenze. Berol. 1825. 4. Hauboldi Monum leg. P 22 e seg. Consulte-se também (Memmsen) ad leg. Servil. Repet. Criticae quaedam observations, em Richters's krit. Jahrb. T. XII p. 726 e seg.

8 – Hauboldi Mon. Leg. p. 98 e seg. Dirksen Versuche Z. Kritik U. Auslegung D. R. Rechtes (lpz. 1823) p. 137-196.

9 – Hauboldi Mon. leg. p.144 e seg. G. Th. L. Marenzoll, Fragm. leg. romanae in a aversa tabulae heranclensis parte. Goetting. 1816. 8.

10 – Hauboldi Mon. leg. p. 144 e seg. Dirksen, Obssad scleta Galliae Cisalp. capital. Berol. 1812. 4 P. de Lama, Tavola legislativa della Gallia Cisalpina. Parma. 1820. 4.

11 – M. C. H. pausler, quaetio antiquaria de pueris et puellis alimentariis: Dresdae 1809. 4. P de Lama, Tavola alimentaria Veleiate: Parma 1809. 4. A chapa de bronze é de 10 ½ pés de largo, e 5 de comprido; foi achada nas ruínas de Veléia em 1747.

Jurídicos

1. Corpus juris civilis[12]

Em 13 de fevereiro de 528 ordenou Justiniano, que se fizesse uma coleção das instituições imperiais[13]. Este código, que se chamou Justiniano, foi publicado aos 7 de abril de 529[14].

Em 15 de dezembro de 530 ordenou que se fizesse uma coleção de leis, composta de fragmentos tirados das obras dos jurisconsultos romanos[15]. Durante este trabalho Justiniano (529-532) publicou 50 constituições, pelas quais se deveriam decidir dúvidas até então existentes. *Quinquangita decisiones*. Ainda antes de concluído este trabalho mandou ele que se fizesse outro, a fim de servir de introdução, com nome de *Institutiones*, e que foi publicado aos 21 de novembro 533[16].

A coleção mandada fazer das obras dos jurisconsultos (*Codex enucleati juris*) foi concluída no ano de 533, e publicada aos 16 de dezembro de 533 com o nome de Digesta S. Pandectae[17].

Tendo, porém, sido publicadas muitas constituições, depois da publicação do código, mandou Justiniano fazer outra da mesma edição (*repetita pralectio*) foi publicada aos 16 de novembro de 534[18], e mandou-se então cassar o primeiro código justinianeu.

De 535 até a sua morte (565) publicou Justiniano ainda muitas constituições[19] (*Novella constitutiones*). Com a publicação das Pandectas,

---

12 – Sobre Justiniano (nascido em 482, e em 565 falecido), e sobre Triboniano, Quoestor sacri Palatii, consulte-se em particular: J. P. Ludewig vita Justiniani atque Theodore etc. Hall. 1713. 4.

13 – Const. Haec quae necessario.

14 – Const. Summa rei publ.

15 – Const. Deo. auctore.

16 – Proem. Inst. e Const. Tanta, § 11.

17 – Const. Tanta. Const.

18 – Const. Cordi nobis.

19 – Consulte-se sobre as coleções de direito de Justiniano: E. Spangenberg Einleitung in d. roemisch-Justinianische Rechtsbuch. Hanover 1817. 8. II. F. Clossius, Hermenutik des roem. Rechts und Einleitung in d. Corp. jur. Civil. im Grundrisse. Lpzg. 1831.8.

Justiniano publicou em 16 de dezembro de 533 uma constituição ordenando aos professores de direito (Const. Ad Antecessores), que se servissem das suas coleções de leis para ensino de direito.

a. *Instututiones*. [*Institutiones (Instituta), Elementa, Isagoge*], são divididas em 4 livros, e estes em títulos. Convém fazermos notar a diferença, que há no modo de contar os títulos. Do 3º livro em várias edições, por isso, que em umas vem 29, e em outros 30 títulos. As primeiras são as exatas, porquanto esta diferença provém de ter Justiniano declarado no § 9I. de grad. cognat. (3, 6), que para mais clareza da computação dos graus de parentesco mandava acrescentar uma arvore genealógica, e em muitos manuscritos ficou para ela um espaço, que não foi, entretanto, preenchido, e daí vem o erro de se supor a falta de rubrica de um título; de maneira que no título 6º, o § 10 foi contado como um novo título "*de servili cognatione*"[20].

Trabalharam nas Inst.: Trib., Theophilus, e Dorotheus, e tomaram por modelo principalmente as Inst. de Gaius, e as suas *Res quotidiana*, e até quanto possível conservaram próprias palavras[21]. O conteúdo, porém, foi tirado das Pandectas, e do código[22], misturado com observações históricas[23], e mesmo algumas vezes com modificações, que tinham lugar sempre que Justiniano julgava dever fazê-las independentemente de publicação em ordenança especial, do que temos um exemplo no § 25 I. *de rerum divisione* (2, 1).

b. *Digesta*. (*Digesta, Pandecta*, ou *Codex enucleati juris*). Compõe-se de 50 livros, que se dividem, segundo a matéria, em títulos, excetos os três livros, XXX, XXXI, XXXII "*de legatis, et fideicommissis*" que quando se citam para diferença um dos outros se acrescenta I, II, III. Os títulos ordinariamente contêm muitos fragmentos, que se chamam *leges*, muitas ve-

---

20 – Ien. Allg. Litt. Zeitung. 1827 p. 21 e seg.

21 – Proem. Inst. § 6.

22 – Proem. Inst. § 5. Consulte-se: E. Boecking, Tabulae delineationem systhematis Gaianarum Justinianarumque Institutionum inter se comparati exhibentes. Bonn. 1841. Puchta. Curs. Inst. p. 454 seg. T. I.

23 – Const. Tanta § 9.

zes, porém, contêm um só, e então chamam-se – *lex unica*. Os fragmentos são divididos em, o primeiro chama-se *principium*, e a numeração começa do segundo em diante. Os 50 livros formam sete partes.

Parte I. Lib. I – IV (Πρῶτα).
» II. Lib. V – XI (de judiciis).
» III. Lib. XII – XIX (de reb. sc. creditis).
» IV. Lib. XX – XXVII. (Umbilicus, μεδοντοῦ).
» V. Lib. XXVIII – XXXVI (de testamentis).
» VI. Lib. XXXVII – XLIV.
» VII. Lib. XLV – L.

As fontes do Digesto são os escritos de 39 jurisconsultos romanos. Trabalharam no Digesto: Constantinus, Theophilus, Dorotheus Anatolius, Cratinus, e dez advogados, Stephanus, Mena, Prosdocius, Eutolmius, Timotheus, Leonidas, Leontius, Plato, Jacobus, e Constantinus[24]. Empregou-se a língua latina; entretanto, não aparecem somente algumas palavras, e frases gregas no texto latino, como também excertos de três obras gregas (de Maecinnus, Papinianus, e Modestinus)[25].

c. *Codex*. O código justinianeu compõe-se de 12 livros, os títulos contêm constituições arranjadas cronologicamente, que também se chamam *leges*. As constituições têm na regra uma *inscriptio*, i. é, o nome do imperador, que a deu, assim como do magistrado, ou particular a quem foi dirigida; tem também mais uma *subscriptio*, i. é, o nome do lugar, e data de sua publicação. Logo que uma *inscriptio* tem o nome de muitos imperadores denota isso ter emanado a Const. de um deles, e haver tido validade no reinado dos outros. A comissão encarregada do código compunha-se de: Johannes, Leontius, Phocas, Basilides, Thomas, Tribonianus, Constantinus, Theophilus, Doscorus, Prasentius[26]. Quanto à língua, foram a maior

24 L. A. Quadagni Diss ad Gaeca Pandect. Pis. 1786. 4. G. E. Dirksen de vestigiis Langnae graecae in constitutionibus Impp. Scriptisque Ictorum romanor. R. giom. 1817. 4.

25 Const. Haec quae necessario § 1.

26 Loehr Ubersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der roem. Kaiser von Constantin I bis auf Theodos II u. Valentinian III. Wetzlar 1811. 8, u. vou diesen bis auf Justinian. Wetzlar 1812. 8.

parte das constituições publicadas em latim, e em proporção poucas foram as que mais tarde apareceram em grego. O código abrange tanto o direito privado, como o público, e eclesiástico. As constituições que se referiam a direito já antigo, e sem força de lei, deveriam em verdade ter sido excluídas da nova coleção, mas muitas passagens foram ai inseridas para melhor compreensão, e explicação histórica de algumas constituições[27]. O sistema do código é dos Editos dos Pretores, no todo conseqüentemente (e com poucas exceções) o mesmo do Digesto.

d. *Novella justinianea* Coleção de constituições, que Justiniano publicou depois do código, e que não pôde nele incluir. Quanto à língua em que foram as Novelas publicadas, não padece dúvida, que na maior parte o foram em grego, porquanto: Justiniano mesmo diz ser a língua grega a mais conhecida e a que mais espalhada estava no seu império. Existe das Novelas escrita em grego uma antiga tradução latina conhecida com o nome de "*Versio vulgata*", e não julgamos que haja dificuldade alguma em atribuí-la ao tempo de Justiniano, e tê-la por tradução autêntica. Além desta, existem muitas traduções novas em latim. As Novelas têm em regra uma inscrição (*inscriptio*) com o nome do imperador. Um prefácio (*praefatio*), (μ), que ordinariamente narra o motivo, porque foi publicada a constituição, ou então contém um resumo da mesma. O final (*Epilogus*), que (além da fórmula "*qua igitur placuerunt nobis, et per hanc sacram declarantur legem*") especifica o modo da publicação da lei, e as penas com que é sancionada, etc. A subscrição (*subscriptio*), i. é, o lugar e data da publicação[27].

2. Fontes do direito antejustinianeu

a. *Gaii Institutionum Commentarii IV*. Gaius (ou Caius, ou Gajus, ou Cajus) floresceu no tempo de Adriano até Marco Aurélio. Tudo o mais se ignora sobre a vida deste jurisconsulto, e nem mesmo sabemos todo o seu nome. É notável que não seja ele citado pelos contemporâneos, porquanto: mesmo as palavras de Pomponius L. 39 D. de stip. serv. (45,

27 Sobre a publicação das Novelas (pelo Praefectus Praetoris aos Rectores provinciarium, ou Pratriarcas aos Metropolitanos, e aos Bispos) consulte-se Biener, Gesch. Der Novellen-Justinians pp. 24-35. Berlin 1824. 8.

3); "quod Caius noster dixit" pode também referir-se a Caius *Cassius*. As instituições de Gaius foram descobertas por Niebuhr em 1816 em Verona. Tendo elas sido escritas em pergaminho e este mesmo pergaminho servido para copiar as cartas de S. Jerônimo, achando-se assim o texto apagado, e substituído pelo do Santo, só se tornou visível outra vez por meios químicos: de 125 folhas 62 foram escritas duas vezes, o que, aumentando a dificuldade da leitura do texto, fez com que fosse até impossível em muitos lugares. Outra parte desta obra já tinha sido encontrada, tempo antes, num outro rolo de pergaminho, e fora desde logo publicada. Em 1817 mandou a Academia de Berlim Goeschen a Verona, para que com o auxílio de Bethmann-Hollweg decifrasse o MS., donde resultou grandíssima vantagem, à vista do estado em que se achava. Muitas lacunas, que ainda ficaram puderam depois ser preenchidas por Blume na nova revisão que se fez. Manuscrito, se bem não declare não ser as Inst. de Gaius, contudo, bem o dá a entender. A primeira edição apareceu em 1820, e a segunda em 1824, sendo esta a de Goeschen, e distingue-se das outras pela revisão de Blume. A terceira apareceu em 1842 por Lachmann. Entre outras muitas edições possuímos também a de Klenze, e a de Boecking; a primeira é de 1829 em 4º, e esta última de 1837 em 12, etc.

b. *Domitii Ulpiani Liber singularis Regularum* (vulgarmente chamado *Fragmenta Ulpiani*). Domitius Ulpianus nasceu numa colônia dos tírios na Fenícia, e parece que já no tempo de Septimius Severus, e de seus sucessores gozava de consideração (sua obra-prima escreveu ele no tempo de Caracala); assim como já tinha ocupado lugares importantes. Heliogabalus o desterrou (Lamprid. Elag. 16 "*Removit et Ulpianum jurisconsultum ut bonum virum*"); porém, Severus Alexander tornou a chamá-lo; deu-lhe diferentes empregos, e por último o nomeou Praefectus Praetorio. Foi assassinado 228 anos depois de J. C.

João Dutillet (Tillius) foi o primeiro, que publicou esta obra em 1549, de manuscrito, que achou em 1544; provavelmente é o mesmo que existe no Vaticano. Esta obra não está completa, há lacunas muito grandes. No seu todo assemelha-se muito às Instituições de Gaius. Divide-se em 29 títulos, os quais só em parte estão completos.

c. *Vaticana Fragmenta*. Descobertos por Ângelo Majo, em 1823 em um palimpsesto do Vaticano. Apareceram primeiramente sob

o título: *Juris civ. antejustin. reliquiae ineditae... cur. Ang. Majo*. Roma 1823. 8; no mesmo ano também em Paris; em 1824 em Berlim sob o título: *Jur. Rom. Atejust. Fragmenta Vaticana*. A melhor edição é a de Bethmann-Hollweg. Bonn. 1833. 12. Este fragmento, por ter sido achado no Vaticano, assim se denomina *Vaticana fragmenta*. É do 4º ou princípio do 5º século[28].

d. *Julii Pauli Sententiarum receptarum Libri V.* Talvez natural de Pádua, foi membro do auditório de Papiniano, quando este serviu de Praefectus Praetorio[29]. As suas *Recepta sententia* escreveu ele no tempo do imperador *Septimius Severus*, ou pouco depois.

Esta obra vem no código romano dos *Wisigothos* (*Breviarium*). O escrito é dividido em cinco livros, cada livro em títulos, com rubrica, e esta divisão não é já feita no *Breviarium*. A expressão "*recepta sententia*" só aparece nos MSS. Do Breviarium, e para diferenciar o que foi recebido na *Lex romana Wisigothorum* do escrito primitivo (que não era recebido nos tribunais). As "*Sententia*" tem sido muitas vezes publicadas já de per si, já com outras fontes. A primeira edição apareceu em Paris em 1825; depois foram aumentadas em parte com o que pertencia propriamente ao trabalho visigoto, ou com o que de outro modo se tem achado (na *Collatio*, *Consultatio*, *Digesto*, etc.).

e. *Codex Gregorianus* do tempo de Diocleciano em 13 livros pelo menos, dos quais, porém, só resta uma pequena parte.

f. *Codex Hermogenianus*. Como as constituições dos tempos primitivos não pertencessem por assim dizer senão à literatura jurídica, e as mais importantes quais os Rescritos se achassem no código Gregoriano, e sendo necessário que cada um se procurasse as novas constituições de per si tornou-se urgente uma coleção. O código Hermogeniano, porém, pouco remediou esta necessidade[30].

g. *Codex Theodosianus*. Resolveu-se então Teodósio II a mandar fazer uma nova coleção, para o que nomeou uma comissão composta

---

28 E. F. F. W. Deurer, Grundriss fuer aeussere Gesch. U. Inst, des roem. Rechts p. 138.

29 Puchta, Curs. Inst. p. 464 n. w.

30 Lamprid. Alexand. 26.

de seis oficiais, e advogados ilustres para que a fizessem sob a presidência de Antiochus. A coleção devia abranger todas as constituições de Constantino, e de seus sucessores, que ainda tivessem validade, conforme o texto verdadeiro, dividido segundo a matéria em livros e títulos[31]. Isto foi em 429, e em 435 nomeou ele nova comissão, sendo o mesmo Antiochus presidente, a fim de ajuntar, e reunir as *Leges Edictales*. A coleção feita por esta comissão, o codex Theodosianus, já tinha sido publicado em 438.

• Meios Jurídicos.

a. *Volusius Maecianus, assis distributio*. A primeira edição é de Sichard. Há também uma de Boecking.

b. *Balbus ad Celsum de Asse minustique ejus portiunculis*, do agrimensor Balbus, que floresceu no tempo de Augusto.

c. *Os Auctores rei agraria*, talvez do 7º século; é uma coleção já muito estragada composta de extratos das obras dos agrimensores romanos.

d. *Incerti auctores magistratum et sacerdotiorum P. R. expositiones*. Curta descrição da magistratura romana, e das dignidades sacerdotais, e cuja origem é tão incerta, que talvez se possa julgar pertencer mesmo à Idade Média.

• Não Jurídicos.

a. *Tit. Livius*, Historiae. *C. Corn. Tacitus*, Annales et Historiarum libri. *C. Suetonius Tranquillus*, Vitae XII imperatorum. Os *Scriptores historia Augusta. Polybius*, Ιστορία χυολιχη. (A melhor edição é de Joh. Schweighaeuser. Lips. 1789 em 8 T.) *Dionysius Halicarnassensis*, Ρωμαιηχ Αρχαιολογι. (A melhor edição, com uma tradução latina é de J. Jac. Reiske. Lips. 1774 – 77 em 6 T.) *Diodorus Siculus*, Βιβλιουηχη ιστοριχ. (Edição de Ludw. Dindorf. Lips. 1828). *C. Cassius Coccejanus Dio*, Ρωμαχη ιστορα. (Com tradução latina por Herm. Sam. Reimarus. Hamb. 1752. 2 T.)

---

31 Codicis Gregoriani et Codicis Hermogeniani fragmenta; Ad XXXV libror. MStorum et prior. Editionum fidem recognovit et annotatione critica instruxit G. Haenel. Bonn. 1835.

b. Além de *Cicero*, e *Annaeus Seneca. M. Fabius Quintilianus*, Institutionis oratoriae libri XII e Declamationes. *C. Plinius Séc. Historia naturalis,* e *C. Plinius Caecilius Sec., Epistolae*.

c. M. *Terentius Varro*, de língua latina libri XXIV. *Festus*, de significatione verborum. *Nonius Marcellus*, de proprietate sermonum. *Aurel. Macrobius Ambrosius Theodosius*, Commentariorum in somnium Scipionis libri duo, e Saturnalium conviviorum libri septem. *Valerius Maximus*, Factorum, dictorumque memorabilium libri IX ad Tiberium Caesarem Augustum.

. . . .

Manuscritos. Edições. Modo de citar o Corpus juris civilis.

A – *Manuscritos*

§ 4. O TEXTO DAS COLEÇÕES de direito de Justiniano chegaram até nós por manuscritos. Se bem Justiniano[1] proibisse "Siglae" e abreviações no copiar as coleções. Não foi isso seguido à risca, o que deu origem a desinteligências na interpretação dessas "Siglae" em cópias, que depois se fizeram. O maior número de MSS. é do tempo dos Glossadores e do 13º e 14º séculos, a maior parte glossados.

O mais importante, porém, de todos é o MS. Florentino, que se achou em Pisa em 1406, e que depois veio para *Florença* (Pandectae

---

1 Const. Tanta § 22. Cordi nobis § 5.
Sobre os manuscritos consulte-se: I. L. g. Beck, Indicis codicum et edition. jur. Justin. Prodromus. Lips. 1823. 8.
Sobre os manuscritos das Institutiones consulte-se em particular: Prodromus Corp. jur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol, 1823, 8. p. 35 seg. K F. Rosshirt, Beitr. zum roem. Rechte. Heft I Heidelberg 1820. 8.
Sobre os manuscritos das Pandectas consulte-se: Beck prodr. Pág. 9 e seg. W. F. Clossius, Comm. sistens Cod. quorundam Dig. veteris, discriptionem etc. Weimar 1818. 8.

Pisanae, Florentinae). Quando este MS. não seja do tempo de Justiniano é sem dúvida alguma já do 7º século[2].

B – *Edições do Corpus Juris civilis*

Em primeiro lugar cumpre-nos notar que se fizeram edições do *Corpus juris civilis*, e de cada uma de suas partes em separado.

I. EDIÇÕES EM SEPARADO.

a. *Das Institutas.*

A edição mais antiga (*editio princeps*) é a de 1468 publicada por Peter Schoeffer em Mayença. Além desta temos a de:

J. Chappuis. Paris 1503. 4. (e mais vezes).

Gregorius Haolander, Norimb. 1529. 8. cujo texto tem servido para muitas outras edições.

Contius (Le Comte) Paris 1567. 8.

J. Cujacius (Cujas) Paris 1585. 8.

F. A. Biener, Berol. 1812. 8.

F. Bucher, Erlang. 1826. 8.

W. M. Rossberger, berol. 1829. 8. com tradução alemã.

Klenze e Boecking, Berol. 1829. 4. com o texto de Gaius. (Inst.)

E. Schrader, Berol. 1832. 4. com excelentes notas críticas e exegéticas. Do mesmo, Berol. 1836. 12.

b. *Do Digesto.*

Editiones princeps: a) Do Dig. Vetus: H. Clayn Perus. 1476. fol.; b) Infortiatum: Puecher. Rom. 1475 fol.; c) Dig. Novum: do mesmo Rom. 1476. fol. Das outras edições merecem menção as seguintes:

---

2 H. Brencmann, Hist. Pandectar. s. factum exemplaris Florentini. Trai. Ad Rh. 17722. 4.
Quanto à dúvida se deste MS. procederam todos os outros do Digesto ou não, consulte-se em particular: A. F. J. Thibaut jurist. Nachlass. (publ. Por G. J. Guyet) T. II (Berl. 1842. 8) p. 404 e seg. Puchta, Curs. Inst. p. 709 seg.
Sobre os MSS. do Codex consulte-se: Göschen, Ed. Gaii Praef. P.66 seg. Niebuhr in d. Zeitschrift f. gesch. R. W. 104 seg.

G. Haloander, Norimb. 1529. 4. 3 T.

L. e Torelli (Taurellius) impresso em Florença in oficina Laurentii Torrentini 1553 em 3 T. fol.

c. *Do Código.*

A *editio princeps* é: a) Do Código conforme os Glossadores: por P. Schoeffer em Mayença 1475. fol. Do Código não existe edição alguma digna de ser considerada excelente à exceção da Haloander, Norimb. 1530. fol.; b) Dos três libri" Rom. 1576. fol.

d. *Das Novelas.*

Editio princeps, Rom. 1476. fol.

II. EDIÇÕES DO CORPUS JUR. CIV. COMPLETO.

a. *Glossadas.*

Logo que se descobriu a imprensa, todas as edições do Corp. jur. Civ. Traziam as Glossas accursianas: foram impressões exatas de MSS. (Incunabula, em all. Incunabeln); e são por isso de grande importância para a crítica do texto. As edições, que merecem especial menção são as seguintes:

As nove edições por *Baptista de Tortis* nos anos 1482-1507. Veneza.

As cinco edições de *Fradin* em Lion nos anos 1510-1536 (na edição de 1510 foram as *leges* numeradas pela primeira vez).

As de *Contius* por *Nivellius* em Paris 1565-1566. 1569. 1575.

As de *Dionisius Gothofredus*, que apareceram em Lion em 1589, 1604, 1612. (esta edição divide-se em 6 T. fol.)

A de *Baudosa*, que apareceu em Lion em 1593. Tem muitos erros de impressão.

A mais moderna das glossadas é a que "*opera Fehii*" apareceu em Lion em 6 T. fol.

b. *Não glossadas.*

Estas edições ou trazem notas dos jurisconsultos, e editores mais modernos, ou simplesmente dão o texto.

• Sem notas mencionaremos:

As de *Gothofredo* que apareceram em Lion em 1589 e 1606. 8. e em Genebra 1598 e 1625. 8. Reimpressões da mesma por *Elzevir* em Amsterdã 1664 (com o erro de impressão "Pars secundus").

As edições (incorretas) de *Freyesleben* (Corp. Jur. Civil. academicum) de 1721-1789. 4 e 8.

• Com notas (críticas e exegéticas):

L. Russardus, em Lion 1560-1561 em 2 vol. Fol. Reimpressa depois em Antwerpen 1566-1577, e 1569-1570, em 7 e 10 vol. 8.

Contius em Paris 1560-1562 em 9 vol. 8. e em Lion em 11-15 vol. Em 8.

L. Charondas, Antwerpen 1575. fol.

J. Pacius, em Genebra 1580 em 2-3 vol. fol. E em 9 vol. 8.

Dionisius Gothofredus. Ainda em vida sua apareceram 4 edições com notas: **1)** Lugd. 1583. 4. (1585 ou Genev. Q583. 4. **2)** Lugd. 1590 fol. **3)** Genev. 1602 fol. **4)** Lugd. 1607. fol.

A quinta edição fez *Jacobus Gothofredus* (com os papéis de seu pai) em Genebra 1624. 2 vol. fol. a melhor de todas. Seguiram-se muitas reimpressões.

G. Chr. Gebauer e E. Spangenberg. Goettingen 1776-1791 em 2 vol. 4.

J. L.W. Beck. Leipzig 1825-1836 em 4 vol. 8. *A. M. Kriegel*, Leipzig 1833- 1837. 1843. 1844 em vol. 4. O código é de *E. Hermann*, as Novelas são de *E. Osenbrüggen*. Esta é a edição que recomendamos.

Traduções do *Corpus jur. civ*. Existem: **a)** uma francesa, **b)** uma alemã publicada por *C. E. Otto, B. Schilling*, e C. F. F. *Sintenis*. Leipzig 1830-1833, 7 vol. 8.

C – *Modo de Citar O Corpus jur. civilis**

As Institutas, Digesto e o Código são divididos em libri e tituli; cada títulos tem a sua rubrica. No Digesto e Código os titulus têm a sua

---

* Consulte-se: Bruscky, *Anotações a Waldeck*. A. L. S. H. Secco, *Manual Histórico*, parte II § 32. Schilling, *Inst*. T. I. p. 106 seg. Hugo, in *Civ. Mag*. T. IV p. 212 seg. 409 seg. Thibaut, *Civ. Abh*. P. 205 seg.

rubrica. No Digesto e Código os títulos se compõem de *leges*, que também se chamam, *fragmenta*, *capita*, e no Código também *constitutiones*. Logo que o fragmento é maior divide-se então em §§, sendo o primeiro denominado *principium*, e o que se segue então § 1, como já o dissemos. As Novelas foram divididas pelos Glossadores, em *collationes* (só a Nov. 8 forma 2 tituli), e cada Novela em *capita*, e estas, quando possível em §§.

Para citar o *Corp. jur.* servem-se os jurisconsultos de abreviações; assim em princípio citavam as Institutas:

Institu., Instit. Inst.

Hoje, porém, cita-se somente com um I.

O Digesto citava-se:

P., p. II, Dig. D.

Ou também com: ff [1].

Para o Código:

Cod. C.

As Novelas:

Authent., Auth., Nov., N.

L. (quer dizer, Lex), Fr. (fragmentum), const. ou c. (constitutio), pr. (principium).

Cumpre também notar as seguintes abreviações: L. un. (Lex unica), L. ult. (Lex ultima), ou L. fin. (Lex finalis); do mesmo modo L. penult. ou L. ante penult. H. t. (hoc título, i. é, o fragmento de um título do qual se trata); arg. leg. (*argumento legis* i. é: o que diz não vem expressamente mencionado nas leis, segue-se, porém, delas). Nas glossas vêm também ï, isto é, *infra*, e s, isto é, *supra*, o que quer dizer que o lugar citado está na parte que se segue, ou na que precedeu.

Os primeiros jurisconsultos do tempo de Justiniano citavam o *Corp. jur.* com o número, segundo o livro, título, e as sentenças. Assim citavam também os jurisconsultos bizantinos, e os que estudavam o direito romano antes dos Glossadores. Estes citavam, porém, dando em princípio o nome da coleção; depois a rubrica do título; por último as primeiras palavras da sentença, e talvez as do §, como por ex.:

§. Si adversus. Inst. de nupt.

L. Si inst. §. De testam. D. de inoff. test.

L. Ab Abnast. §. Et justum. C. mandati.

Depois também citava-se o título etc. como por ex.

§Si adversus. Inst. de nupt.

L. Si instit. 27 § De test. 4. D. de inoff test.

L. Ab Abnast. 23 § Et justum. 3. C mand.

Hoje cita-se:

§ 12 Inst. (ou I.) de nupt.

L. 27 § 4 D. de inoff. test

L. 23 § 3. C. mandati.

Ou acrescentando-se ainda a rubrica do título, o número do livro e título; assim por ex.

§ 12 Inst. (ou I.) de nupt.

L. 27 § 4 D. de inoff. test

L. 23 § 3. C. mandati. (IV, 35).

Ou deixando-se a rubrica do título, como por ex.:

§ 12 I. I, 10.

L. 27 § 4. D. V, 2.

L. 23 § 3. C. IV, 35.

Como os Lib. XXX, XXXI, XXXII do Digesto não tenham senão um título, e com a mesma rubrica "de legatis et fideic." citam-se do modo seguinte:

D. de leg. I (30); D. de leg. II (31); e D. de leg. III (32), o que já antes tínhamos dito.

Os Glossadores citavam as Novelas segundo a rubrica do título, com as primeiras palavras do capítulo, com o §. Por ex.:

Authent. D. her. ab int. § Si quis. Coll. IX.

Hoje citam-se simplesmente:

Nov. 118. Cap. 1.

. . . .

Literatura

I. HISTÓRIA EXTERNA (HISTÓRIA JURIS)

AYM. Rivallii, Civilis historiae juris libri V. Valent. 1515 e mais vezes.

Valer Forsteri, De historia juv. Civ. Rom. Libri III. Bas. 1565.

Schubart, De fatis jurisprudentiae Romanae. Jen. 1696, depois publicada por Tilling. Leipz. 1797.

Hoffmann, Historia jur. Romano – Justinianei F. I. Lips. 1718 e 1734 tom. II 1726.

Brunnquell, Historia jur. Romano – Germanici Jena 1727 e mais vezes.

Heineccii, Historia juris civilis Romani ac Germanici. Hall. 1733, e mais vezes, e por último também publicada por Silberrad. Argent. 1751 e 1765.

Terrasson, Histoire de la jurispr. Romaine. Par. 1750.

J. A. Bach, Historia jurisprudentiae Romanae IV libris comprehnsa. Lips. 1754; por último publicada por Stockmann 1796, e 1806 (espera-se uma edição de Schilling).

Theod. Max. Zachariae, Versuch einer Geschichte des roem. Rechts. Breslau 1814.

Gruendler, Handbuch d. roem Rechtsgeschichte T. I. Geschichte d. roem. Staats, dessen Verfassung und Staatsrecht. Bamb. 1821.

Maacieiowsky, Historia jur. Rom. Varsov. 1820. 1825.

Tigerstroem, Die aeussere Geschichte des roem. Rechts. Berl. 1842.

Buchardi, Staats-und. Rechtsgeschichte der Roemer. Stuttg. 1841. (Como primeiro T. do *Lehrbuch des roemischen Rechts*).

Giraud, Histoire du droit Romain. Par. 1841.

Stockhardt, Tafeln D. Geschichte des roemisch. Rechts. Leipz. 1828.

Iannasch, Tabellarische Uebersicht d. roemischen Rechtsgechichte.

A. L. de S. II. Secco, Manual Histórico do Direito Romano. Coimbra 1848.

II. HISTÓRIA INTERNA (ANTIQ. JURIS)

Heineccii, Antiquitatum Romanar. Jurisprudentiam illustrantium syntagma. Hall. 1719; publicada depois muitas vezes, sendo por último por *Muehlenbruch*, Francof. 1841.

Selchow, Elementa antiquitatum jur. Rom. publ. et jur. priv. Goett. 1757; publicada depois sob o título: Elem. Rom. antejust. Ibid. 1778.

Tigerstroem, Die innere Geschichte des roem. Rechts. Berl. 1838.

Christiansen, Die Wissenschaft der Rechtsgeschichte im Grundrisse, Tom. I. Kiel. 1838.

Fritz, Innere Gesch. d. roem. Privatrechts. Freib. 1841.

III. HISTÓRIA EXTERNA E INTERNA

Gravinae, Originum juris civilis libri III, publicada primeiro em Neap. 1701, Lips. 1704: a obra completa apareceu em Lips. 1708, e depois mais vezes.

Hugo, Lehrbuch er Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten. Berl. 1790; apareceu depois sob o título: Lehrbuch der Geschichte des roem. Rechts 1832.

Hufeland, Lehrbuch der Geschichte u. Encyclopedie aller in Deutschland geltenden positiven Rechte. Primeira parte: Jen. 1796.

Guenther, Historia jur. Rom. Helmst. 1796.

Hummel, Handbuch d. Rechtsgeschichte, 3 vol. Giessen 1805 e 1806.

Schweppe, Roem. Rechtsgeschichte u. rechtsalterhumer. Goett. 1822.

Zimmern, Geschichte d. roem. Privatrechtes bis Justinian, T. I. Heidelberg. 1826. 1829.

Holtius, Historiae jur. Rom. lineamenta. Leod. 1830 e 1840.

Walter, Geschichte d. roem. Rechts bis auf Justinian, Bonn 1834, completa 1840.

Schilling, Lehrbuch der Institutionen u. Gesch. d. roem. Privatrechts.

Puchta, Cursus der Institutionen Leipz. 1841. 1842.

Thibaut, Lehrbuch d. Gesch. u. Institutionen d. roem. Retchs, publicado depois de sua morte por Guyet. Berl. 1842.

Bruscky, Anotações a Waldeck. Coimb. 1845.

Acrescentaremos mais as seguintes:

Pernice, Geschichte, alterthuemer u. Institutionen d. roem. Rechts im Grundrisse, Hall. 1821, 1824.

Klenze, Grundriss zu Vorlesungen ueber d. Geschichte des roem. Rechts. Berl. 1827: apareceu depois com o título: Lehrbuch der Gesch. d. roem. Rechts, ein Grundriss aus den Quellen. Berl. 1835.

Buchardi, Geschichte d. roem. Rechts, Kiel 1834.

Danz, Lehrbuch d. Geschichte D. roem. Rechts Leipz. 1840. Parte I, e em 1843 a Parte II.

Rudorff, Grundriss zu Vorlesungen ueber die Geschichte des roem. Rechts bis Justinian. Berl. 1841.

Livro I

. . . .

Direito das Pessoas

INTRODUÇÃO

§ 5. SEGUNDO o sistema dos romanos, o direito ou pertence às pessoas, às cousas, ou às ações: *omne jus quo utimur vela ad personas pertinet, vela ad res, vela ad actiones*[1]. Com esta divisão talvez não quisessem os jurisconsultos romanos abranger unicamente o direito privado, porém, também o público; contudo, no desenvolvimento limitaram-se ao primeiro, do direito público só trataram da parte que tinha relação com o privado. Segundo este sistema, estão as obrigações entre outras cousas, e as ações; parecendo assim duvidoso pertencerem as obrigações àquelas, ou a estas. Theophilus[2] quer que se considerem as obrigações como introdução às ações, opinião esta que foi seguida por Hugo[3]; outros jurisconsultos, porém, dizem que Gaius parece ter compreendido as obrigações nas cousas, de que ele não só trata[4] no exemplo das *res incorporales*, como quando fala da aplicação

---

1 Gai I, 8; §12 I de jure natur. (1, 2).
2 Theophil. Paraphr. III, 13 pr. IV, 6, pr.
3 Civil. Magaz. IV, p. 1–46, V. p. 385–431, VI. P. 283–346.
4 Gai. II, 14.

da *manicipatio*, *in jure cessio* etc., *às res corporales e incorporales* mencionam nestas últimas, depois da *hereditas*, as obrigações[5]; chama a *obligatio res mancipati*[6].

A idéia de direito seria de importância nenhuma sem que se desse a existência de uma *pessoa* reconhecida como *sujeito* do mesmo. Pessoa é o homem ou sujeito qualquer capaz de direitos. Considerado o homem como naturalmente livre, supomos-lhe necessariamente a possibilidade de uma vontade pela qual ele se possa atribuir uma ação, assim como de sujeitar-se, e tornar-se capaz de direitos. A *personalidade* é a *capacidade* de ser um tal sujeito, é a *possibilidade* de uma vontade em direito.

Os homens *aut liberi sunt aut servi*: tal é a *summa divisio de jure personarum*[6]. Outra divisão é em *homines sui juris*, e *homines qui alieno juri subjecti sunt*[7]. Os romanos tinham quatro poderes aos quais podia estar sujeita uma pessoa: poder do senhor sobre seu escravo – *potestas dominica*[8]; poder do pai sobre seus filhos – *patria potestas*[9]; poder que por direito antigo podia ter o marido sobre sua mulher – *manus mariti*; poder do senhor sobre filhos e esposas vendidas – *mancipium*[10]. Quem não estivesse sujeito a um destes poderes (*potestas*) era *homo sui juris*, no caso contrario – *homo alieni juris*. Havia, pois quatro espécies de *homines alieni juris* por direito romano: os escravos, *servi*[11]; os filhos em pátrio poder, *filii et filiaefamilias*; [12a] *uxor in manu, materfamilias*;[12] e os filhos e mulheres vendidas, *homines in mancipio*[13]. Os *homines sui juris* foram chamados depois *patres* e *matres-familias*[14], ao passo que antigamente a expressão *matres-familias* só cabia às

5 Gai. II, 38.
6 Gai. II, 85.
7 Gai. I, 9; pr. I. de jure person. (1, 3).
8 Gai. I, 48.
9 Gai. I, 52-54; § 1. I. de his qui sui (1, 8); L. 1. § 1. D. eod. (1, 6); L. 215 D. de V. S. (50, 16).
10 Gai. I, 55, e seguintes; Ulp. V, 1; pr. § 2. 3. I. de patr. Pot. (1, 9); L. 3, 4. D. de his q. sui. (1, 6); L. 215 D. de V. S. (50, 16).
11 Gai. I, 108-115; Ulp. IX, 1.
12 Gai. I. 116-123.
13 L. 1 § 1. D. de his qui sui (1, 6).
14 L. 4. D. eod.; L. 195 § 2 D. de V. S. (50, 16).

uxores in manu[15] e provavelmente serviria a de *pater-familias* para designar aquele, que tinha pátrio poder[16].

O *jus gentium* reconhecia como incapazes de direitos certos homens – os escravos; daí vêm as três classes – livres (de nascimento), escravos, e libertos[17]. O *jus civile*, além desta classificação fez a de *cives, latini, peregrini*; e finalmente a diferença entre pessoas, donde resultou a classificação em *homines sui juris e homines alieni juris*. O homem livre ou era i*ngênuo*, ou *libertino*; ingênuo se nascia livre; libertino se tendo nascido escravo fora manumitido *ex justa servitute*[18]. Os libertos eram *cives romani, latini*, ou *dedititiorum numero*[19].

---

15 Cic. Top. C. 4; Festus v. Materfamilias; Quint. Inst. Orat. V, 10; Gell. XVIII, 6; L. 195 § 2 D. cit.; Isidori Orig. VIII, 5.

16 Gai. I, 117, 118.

17 L. 4 D. de his qui sui (1, 6); L. 195 § 2 D. de S. (50, 16).

18 Veja-se a not. o.

19 L. 195 § 2. D. cit; Ulp. IV, 1.

. . . .

Capítulo I

LIBERDADE E ESCRAVIDÃO

DEFINIÇÕES

§ 6. A DIVISÃO em homens livres e escravos é a *summa divisio de jure personarum*[1]. Pertence a uma destas classes aquele que à outra não pertence. É livre quem não é escravo.

O escravo não tinha sobre si senão seu senhor, e este só à sua consciência era responsável pelo seu tratamento. Quem na mão e poder de outro homem se acha, sem vontade própria, e que é, pois, objeto para propriedade alheia, em direito não pode ser pessoa. Escravo era todo aquele, que sendo objeto para propriedade alheia, era uma cousa – *res in comercio*. Sagviny[2] quer que se diferencie com relação ao escravo *dominium*, e *postestas* como cousas distintas; contra esta opinião é sem razão talvez, entre outros, Walter[3]. O escravo se como cousa era objeto para propriedade alheia, como homem, porém, era capaz de vontade, capaz de ação.

---

1 Gai. I, 9.

2 Sagviny. Syst. I § 55.

3 Walter, Gesch. des roem. Rechts T. 2. p. 55.

A liberdade constituía um *status* (*status libertatis*). *Status* é a condição convencional ou física do homem, e denota quais sejam os diferentes direitos de que goza; assim se diz: *status hominum*, *jus personarum, conditio hominis*. Tria enim sunt quae habemus *libertatem, civitatem, familiam*[4]. A reunião destes três *status* em uma pessoa constituía a sua *caput*[5].

---

4 L. 11 D. de cap. Minut. (4, 5); Sagviny Syst. II Beilage VI diz-nos ter sido a expressão *status* empregada só pelos modernos.

5 Vangerow, professor de direito romano na Universidade de Heidelberg, no seu *Leitfaden fuer Pandekten – Vorlesungen*" T. I p. 61 e seguintes apresenta sobre estes três *status* as seguintes considerações. Todo homem com relação ao seu físico é objeto para propriedade, e assim ou está ele no domínio de outrem, ou tem domínio sobre se mesmo. No primeiro caso é escravo, e como tal juridicamente tido como uma cousa, e não como pessoa, de maneira que quando mesmo fosse abandonado pelo senhor, não se tornava livre, e sim *res nullius*, e cabia ao primeiro ocupante, arg. Leg. 38 § 1. de noxalib. Act. (9, 4); L. 8. pro delito (41, 7); L. 36. de stipul. Serv. (45, 3). Para que, pois, um homem fosse considerado como sujeito capaz de direitos (Rechtssubject) devia ser livre, i. é, ter domínio sobre si mesmo (Pers. Sat. V, v. 88; Dion. Halic. II, 27; v. Vangerow's Latini Juniani. Marburg 1833 p. 67 e seguintes), quer ele o tenha já de nascimento (ingenuus); quer viesse a obtê-lo por via de seu antigo senhor (libertinus). O *status libertatis* é, pois, a condição fundamental de toda personalidade jurídica.
Como, porém, o domínio (*Eigenthum*) entre os romanos se dividisse em civil (*dominium ex jure Quiritium*) e natural (o *in bonis esse*, também chamado d*omínio bonitario*) o mesmo acontecia com relação ao domínio que tinha qualquer sobre si mesmo. Uma pessoa pois ou se tinha a si própria em d*ominio bonitario*, o que acontecia a todos os não civis, ou em d*ominio quiritario*, e era *civis romanus*. Este era o caráter fundamental da *civitas romana*. Se alguém tivesse simplesmente o domínio natural sobre si mesmo, só podia ter direito ao *jus gentium*; que só d*ominio quiritario* sobre si próprio poderia dar-lhe direitos próprios de cidadão romano. Em uma palavra o *status civitatis* era a condição fundamental de toda personalidade civil.
Entretanto, o cidadão romano não se achava unicamente compreendido no número de todos os homens livres, pelo que se tornava capaz de direitos, e no de *cives romani*, pelo que obtinha a sua personalidade civil, mas também no círculo da *Família*, pela qual não devemos compreender as relações unicamente de parentesco, e sim a agnação, L. 195 § 2. fin de V. S., nem se julgue ser necessariamente preciso dar-se a reunião de muitas pessoas, por isso que também o *emancipatus* "*propriam familiam habet*" L. 195 cit. Todo cidadão romano como tal tem o *status familiae*, o qual como base fundamental para muitos e importantes direitos (basta só pensar no direito de sucessão) amplia o *status civitatis*. Finalmente, daqui se depreende que o *status familiae* separado do *status libertatis*, ou *civitatis* não vai *perdido*, e sim *trocado*, ao passo que todo e qualquer cidadão como tal deve estar em uma família, embora fosse esta a sua própria.

A primeira condição em direito é a *liberdade*: quem a não possui não pode ter *status* algum: assim do escravo que obteve sua liberdade se diz – *hodie incipit statum habere*. A segunda é *civitas*, que compreende a primeira. Não pode ser *civis* quem não for livre, assim como não tem o *status civitatis* todo homem livre. A terceira é a *familia*, que abrange os dous primeiros. A perda de qualquer destes *status* chamava-se *capitis diminutio*; e como se davam três *status*, davam-se do mesmo modo três *capit. dimin.* Quem perdia o *status libertatis* sofria uma *capitis diminutio domini*; com a perda do *status civitatis*, sofria-se uma *capitis diminutio media*: e a *domini* tinha lugar, quando se mudava ou trocava a família a que então se havia pertencido[6].

A liberdade posto que seja uma emanação do direito natural, contudo, para que entre os romanos tivesse validade positivamente jurídica, precisava ser reconhecida pelo Estado. A liberdade ou era adquirida por nascimento, ou por manumissão feita segundo todas as condições legais. Para garanti-la havia um interdito pretório: *Interdictum de libero homine exhibendo*.

A *civitas* era adquirida de três modos, por nascimento, concessão, ou manumissão. Por nascimento quando provinha ela da mãe, ou do pai – tendo-a este no momento da procriação[7], e havendo entre ele e a mãe matrimônio com *connubium*, por isso que influía o *connubium* para que o filho seguisse a condição de seu pai[8]. Da parte da mãe provinha a *civitas*, quando esta sendo *civis romanas* tinha filhos de matrimônio sem *connubium*, ou quando os tinha sem ser de matrimônio por seguirem eles a mão conforme a regra natural, e partilharem sua condição fosse ela qual fosse no momento do parto[9]. A aplicação, porém, desta regra tornava-se duvidosa logo que uma romana tivesse

6 Gai, I, 159-162; Ulp. XI, 10-13; L. 11 D. de capit. min. (4, 5); pr. § 1. 2. 3. I. de capit. diminut. (1, 16).

7 Gai. I, 89; Ulp. V. 10.

8 Gai. I 56, 57, 67, 80; Ulp. V, 8; L. 19 D. de statu hom. (1, 5). Quando a mãe fosse latina, ou peregrina, devia haver concessão especial de connubium para o matrimônio, do contrário não eram os filhos romanos.

9 Cic. Top. C. 4; Gai. I, 67, 80, 88-92; Ulp. V, 8, 9, 10; L. 24 D. de statu homin. (1, 5).

contraído matrimônio com um peregrino sem ter obtido o *jus connubii*. A *Lex Mensia* ordenou que fosse o filho peregrino[10]. Depois, porém, que os romanos, e os provincianos tiveram mais relações entre si, um senatusconsulto do tempo de Adriano mandou que com relação ao matrimônio de um peregrino, e quer desse ou não *connubium*, que seguisse o filho do peregrino a condição de seu pai[11]. Da mesma forma, quando uma peregrina casada com um peregrino concebia, embora houvesse obtido antes do parto a *civitas*, não nascia o filho romano, mas permanecia peregrino como tinha sido concebido[12]. A *civitas* podia ser concedida ou a um indivíduo, ou mesmo a um Estado inteiro, e já com o *jus suffragii*, já sem ele. Tanto uma, como outra cousa dependia da vontade do povo, e ficou depois dependendo da do imperador. Se um peregrino casado com uma *civis romana* obtinha a *civitas*, o filho procriado como peregrino, porém, ainda não nascido – nascia *civis romanus*; o mesmo acontecia quando um peregrino e sua mulher, estando esta pejada, recebiam a *civitas*[13].

Perdia a *civitas* o cidadão quando era expulso ou deportado[14]: o que, porém, não tinha influência sobre os filhos, que já tivessem sido procriados, como *cives*, e ainda mesmo quando uma mulher, que tivesse concebido na constância do matrimônio viesse a perder o direito de *civis* antes de dar a luz: seu filho nascia ainda *civis*[15]. Os homens livres, pois, quer fossem ingênuos, quer libertinos, ou eram *cives romani*, ou não *cives*. A *civitas romana* tinha influência política e civil. Por sua influência política conferia o j*us suffraggi et honorum*, e parte em as *munera publica*: nem todos, porém, os cidadãos tinham esses direitos, e até mesmo muitos havia, que não tinham capacidade para estes últimos. No segundo caso conferia ela – *commercium,* e *connubium*.

---

10 Ulp. V, 8; Gai. I, 78. A existência da Lex Mensia é duvidosa segundo Puchta, Inst. II § 17. N. h.

11 Gai. I, 77.

12 Gai. I, 92.

13 Gai. I, 92, 94.

14 Gai. I, 128, 161; Lei 10 § 6 D. de in jus voc. (2, 4); § 2. I. de cap. dem. (1, 16).

15 Gai. I, 90; Lei 18 D. de statu hom. (1, 5).

Em princípio todo o não *civis* em Roma era incapaz de direitos. Este rigor, porém, se foi modificando por tratados com as outras nações; e à proporção que se foram estendendo esses tratados, e que outros povos foram sendo subjugados ao império romano, desapareceu este princípio. Assim foram declarados os não *cives*, logo que eram livres, capazes de direitos em geral: continuou, porém, a haver entre eles, e os *cives* grande diferença, não lhes cabendo direito algum político, e ficando o *jus civile* tido sempre como *proprium jus civium romanorum*. Aos não *cives* cabia unicamente o *jus gentium*.

Em completa contraposição aos *cives* estavam os *peregrini*. A peregrinidade consistia na incapacidade para o *jus civile*, carência de *commercium*, e de *connubium*. Isto, porém, não excluía que a um peregrino fosse concedido, mesmo sem a *civitas*, o *commercium*: isto é capacidade para obter domínio segundo o *jus quiritium* com suas aquisições, obrigações romanas, testamentos romanos[16]. Do mesmo modo por concessão especial podiam eles obterem – *connubium*; isto é matrimônio romano, e direitos de família[17]. O pretor por uma ficção também tornou aplicáveis aos peregrinos muitos preceitos do *jus civile*[18]. Em os demais casos eram os peregrinos capazes do *jus gentium*, e do seu direito pátrio, tanto quanto este fosse reconhecido pelos romanos[19].

Era-se peregrino por nascimento segundo o *jus gentium*, logo que mãe fosse peregrina, embora outra fosse a condição do pai. Também se podia vir a ser peregrino por perda da *civitas*, e finalmente pela manumissão *ex lege Aelia Sentia*. Um dos casos desta lei desapareceu com a *Lex Junia*, o outro permaneceu até nos últimos tempos – *dediticia libertas.*

Entre os peregrinos, e os *cives* estava a latinidade, cuja importância consistia na capacidade para *o jus commercii*. Os latinos não tinham o *jus connubii*, assim como os peregrinos.

---

16 Ulp. XIX, 4; XX, 14; Cic. pro Archia 5.
17 Ulp. V, 5; Gai. I, 57.
18 Gai. I, 37.
19 Ulp. XX, 14.

. . . .

Título I

ORIGEM DA ESCRAVIDÃO

§ I. SEGUNDO O *JUS GENTIUM*

7. OS ESCRAVOS ou nascem, ou se fazem[1]. Por direito ou nascimento, ou por *nascimento*, ou *per captivitatem*.

Por *nascimento*. Era escravo todo aquele, que nascia de uma escrava, *ex ancillis nostris*, fosse qual fosse a condição de seu pai[2]. O filho por um princípio natural – *regula juris gentium*, seguia a condição de sua mãe, regra esta que pelo *jus civile* sofria modificações; por isso que, sempre que pelo *jus civile* se desse *connubium* entre o pai e a mãe seguia o filho a condição de seu pai[3]. Como, porém, não pudessem escravos ter *connubium* entre si, não se entendia para aqui a exceção, que fazia o *jus civile*.

---

1 § 4. I. de jure pres. (1, 3): Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris, fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate, aut jure civili etc.

2 Gai. I, 82.

3 Gai. I, 80; Ulp. V, 9; L. 24 D. de statu hom. (1, 5).

Durante a gravidez como pudesse a mãe ter sido livre, e escrava, estabeleceu-se como princípio, que com relação aos filhos tidos de matrimônio, os quais conseqüentemente seguiam a condição de seu pai; decidiria o tempo da escravidão, e com relação aos outros o tempo do nascimento[4]. Assim se uma escrava estando grávida obtivesse a liberdade, não nascia seu filho escravo[5]. Quando, porém, se desse o caso de ter sido reduzida à escravidão a mãe durante sua gravidez, e como tal dava a luz: se o filho era de matrimônio nascia livre; e se o não fosse como devesse seguir no ventre – nascia escravo[6]. Depois, porém, lá para o fim do terceiro período foi estabelecido o princípio de que: *non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est*, e segundo este princípio nascia livre tanto um como o outro, e até mesmo quando a mãe durante a gravidez tivesse sido livre um minuto que fosse, ou ainda durante o parto[7].

Per captivitatem. Pelo *jus gentium* todo aquele que cabia em poder de povo estranho tornava-se escravo deste, o que ordinariamente acontecia, quando se era feito prisioneiro na guerra, não sendo necessário que estivessem os dous povos em guerra declarada, porquanto: muito bastante era não existirem relações amigáveis entre eles[8]. Já muito fazia o inimigo que conservava a vida aos cativos, e que se contentava com despojá-lo de sua liberdade. A palavra *servus* parece vir de *servare*[9]. Não estavam, porém, neste caso os prisioneiros de guerra civil[10]; assim como os que tivessem sido aprisionados por salteadores ou piratas[11]. Correspondia ao cativo o *deditus*, isto é, aquele que por ordem do *Paterpatratus*, ou *Princeps Fecialium* era entregue ao inimigo[12]. O *deditus* nem sequer gozava do *jus postliminium*, como o cativo o qual logo que voltava *intra romana praedia* era restituído ao seu antigo estado.

O *Postliminium* era uma ficção jurídica pela qual o cativo que voltava era considerado como se nunca o tivesse sido. *Dictum est postliminium a limine*

---

4 Gai. 88, 89, 94; Ulp. V, 10.
5 Paul. Sent. II, 24, 1.
6 Gai. II, 91.
7 Paul. Sent. II, 24, 2, 3; L. 5 § 2, 3; L. 18 d de statu hom. (1, 5).
8 L. 5 § 2 D. de captiv. (49, 15).
9 § 3. I. de jure person. (1, 3).
10 L. 21 § 1. D. de captiv. (49, 15).
11 L. 19 § 2. D.; L. 24 D. eod.
12 Cic. De Orat. Ic. 40; Cic. Pro Caec. C. 34.

et post[13]. Sendo o cativo resgatado por outro romano sabia ele na realidade do cativeiro – ficava ainda, porém, como penhor em poder daquele que o tinha resgatado, vigorando o *jus postliminii* com a restituição do dinheiro dado para seu resgate[14]. Os cativos pertenciam àqueles que os tinham aprisionado[15], exceto quando as tropas faziam prisioneiros estando em serviço porquanto: eram então estes vendidos em benefício do Estado[16], e é ao que se chamava *venditio sub corona*[17]. Para que tivesse lugar o *postliminium* exigia-se, que voltasse o cativo (*reversus ab hostibus*); contudo, tinha lugar também quando pela Lex Cornelia fazia-se uma ficção pela qual se julgava ter morrido o cativo no momento de ser aprisionado, como se não tivesse perdido a liberdade, isto é, sofrido uma *capitis diminutio maxima*. Tal é a *fictio legis Corneliae*[18].

Não tinha, porém, *postliminio* o trânsfuga porquanto: *qui malo consilio, et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est*[19]. Assim também não tinham o *postliminio* aqueles, *qui armis victi hostibus se dederunt*[20].

O *postliminio* tinha duas tendências, uma passiva, e outra ativa; pela primeira, o que voltava do inimigo era restituído ao antigo poder como acontecia com o *filhofamilias*, que era restituído ao pátrio poder, o escravo a seu senhor, e assim todas as cousas – *jure postliminii*; pela segunda concedida ele ao *reversus ab hostibus* seus antigos direitos[21].

II. SEGUNDO O *JUS CIVILE*

§ 8. Já mesmo antes da Lei das XII Tábuas, aquele que não tivesse podido satisfazer ao seu credor lhe era entregue, e por este tratado

---

13 § 5. I. quib. Mob. Jus potest. Solvit. (1, 12); Festus v. Postliminium; Gai. I, 129; L. 4, 5, 12, 16, 19 D. de capitiv. (49, 15); Ulp. X, 4.

14 L. 20 § 1. D. qui testam. Facere (28, 1); L. 3 § 3 D. de homine libero (43, 29); L. 15, 19, § 9. L. 21 D. de capitiv. (49, 15); L. 2. 6. C. de postl. revrs. (43, 29); L. 2 § 1. C. Th. De postl. (5, 5).

15 L. 5 § 1. D. de statu hom. (1, 5).

16 § 2. I. de jure person. (1, 3); Varro de re rústica II. 10.

17 Quanto à razão deste nome consulte-se: Gell. VII, 4; Fest. P. 306.

18 L. 10, 11, 12, 18, 22. D. de capitiv. (49, 15); Ulp. XXIII, 5; L. 12 D. qui testam. (28, 1).

19 L.19 § 4-8. D. captiv. (49, 15);

20 L. 17 D. eod.

21 L. 14 pr. D. eod.

como escravo; o que não foi revogado por esta lei. Neste caso devia ele ser vendido *trans tiberim*[22]. Antes da venda o devedor insolvente era *nexus*, ou *addictus*, e *servus* só depois de ter sido vendido, porquanto: o poder que o povo estranho adquiria então sobre ele é que o fazia escravo[23].

Pela mesma Lei das XII Tábuas aquele que fosse agarrado furtando, *fur manifestus*, ficava sendo escravo daquele a quem tivesse feito o furto. Por edito dos pretores substituem-se multa pecuniária a esta determinação da Lei das XII Tábuas[24].

Também incorria na mesma pena o que fugia ao recrutamento, *lectio*, sendo vendido pelo Estado como escravo[25]; o que caiu em desuso com a afluência dos soldados voluntários[26].

Aquele que se não tivesse alistado no *census* sofria a mesma pena; o que só com o censo acabou[27].

Pelo mesmo *Senatusconsultum Claudianum* logo que um homem livre tivesse tido filhos com uma escrava ignorando a sua condição[28], e julgando-a mulher livre, deveriam seus filhos, sendo do sexo feminino, seguir a mãe, e os do masculino ao pai. Vespasiano restabeleceu o princípio do *jus gentium* revogando esta parte do Senatusconsulto[29].

Pelo mesmo Senatusconsulto logo que uma mulher livre tivesse contraído *contubernium* com um escravo, precedendo para isso consentimento do senhor deste, devia-se fixar por um pacto que os filhos seriam todos escravos, ficando ela, entretanto, livre[30]. Exceção esta, que Adriano revogou[31].

O mesmo Senatusconsulto ordenou que aquela mulher livre, que sabendo, tivesse relações com um escravo estranho sem consentimento de seu senhor a despeito de três avisos (*denuntiatio*) do mesmo, e continuasse a

---

22 Gell. XX, 1.
23 Gai. III, 189, 199; Varro de ling. lat. VI, 6.
24 Gai. III, 189; Gell. XI, 18.
25 Gai. III, 189; IV. 111.
26 Cic. Pro Caec. C. 34.
27 L. 4. § 10 D. de re milit. (49, 16).
28 Liv. I, 44; Ulp. XI, 11.
29 Gai. I, 85.
30 Gai. I, 84, 86.
31 Gai. I, 84.

manter tais relações, fosse então reconhecida escrava do senhor do escravo, assim como seus filhos, ainda quando tivessem nascido antes da adjudicação da mãe[32]. Só Justiniano revogou esta parte do Senatusconsulto[33].

Todo aquele que tendo vinte anos de idade se deixasse vender dolosamente como escravo para depois provar que era livre, e participar do dinheiro da venda, com quem o vendeu, ficava sendo escravo de quem o tivesse comprado[34]. Direito este que Justiniano não revogou.

Desde Augusto, que se sentiu a necessidade que havia de se proteger o patrono pelo modo ingrato de proceder do seu liberto contra ele. O pretor dava ao patrono uma ação penal em certos casos contra o liberto[35]. A Lex Aelia Sentia concedeu-lhe a *revocatio in servitutem propter ingratitudinem* contra o liberto[36]. Commodo ordenou que tivesse lugar a revogação no caso de persistir o liberto em faltar aos seus deveres: o magistrado devia vendê-lo e dar o preço ao patrono[37]. Depois estabeleceu-se que sem mais formalidade o liberto ingrato fosse entregue ao patrono como seu escravo[38].

Os condenados a morte, ou *in metallum*, ou *in opus metalli*[39]. Os condenados tornavam-se *servi poena*; não eram escravos do Estado e sim escravos sem senhor, e por isso nada podia ser adquirido por intermédio deles.

Só no tempo dos príncipes foi introduzido a *servitus poena*[40], que foi revogada por Justiniano[41].

---

32 Taciti, ann. XII, 53: Gai. I, 84, 91, 160; Ulp. XI, 11; Paul. sent. rec. II, 21 A.; Plin. II. V. XXXV, c. penult.; Plin. Ep. VII, 6; L. 6. 8. C. Th. ad Sct. Claud. (4, 11).

33 § 1. I. de suces. subl. (3, 12).

34 § 1. I. de cap. min. (1, 16); L. 7. 33, 40 D. de lib. causa (4, 12); L. 1, 3. 5 D. quib. Ad lib. Prod. non licet. (40, 13).

35 Gai. IV, 46, 183.

36 L. 30 D. qui et a quib. M (40, 9); L. 70 pr. D. de V. S. (50, 16).

37 L. 5 pr. D. de jure patron. (37, 14).

38 L. 6 § 1. D. de agnosc. Lib (25, 3).

39 L. 1. C. Th. de libert. (4, 10); L. 2. C. Just. eod. (6, 7).

40 L. 1. 8 § 4-11; L. 18 § 6; 6; L. 36. D de poenis. (48, 19).

41 Cic. De inv. II, 50.

. . . .

Título II

A ESCRAVIDÃO NA SUA CONTINUAÇÃO

§

I. EM GERAL

9. O ESCRAVO considerado como cousa deve como estar em domínio de alguém;

Como homem, porém, sujeito a uma *potestas*. A *potestas* sobre o escravo abrange poder sobre a sua existência – *jus vitae et necis*; e em segundo lugar tudo o que ele adquiria não era para si, porém, para o senhor em cujo poder se achava. O escravo era um instrumento por via do qual podia o senhor fazer negócios, exceto naqueles casos em que era tida como incapaz uma *servilis persona*[1]. Podia o escravo possuir um pecúlio[2], ser membro de corporações, e de alguma forma pertencia à família do senhor; e à semelhança do filhofamílias tudo adquiria para aquele em cujo poder se achava[3], podendo até por ele obrigar-se[4]. O que tirasse dos bens do

---

1 Pr. I de stip. servor. (3, 17); Gai. II, 96.

2 T. D. de peculio (15, 1).

3 Gai. I, 52; II, 86, 88; Ulp. XIX, 18-20; pr. § 3. I. per quas pers. (2, 8).

4 § 1-5. I quod cume o (4, 7); L. 1 § 2 D. de priv. delict. (47, 1).

senhor não era considerado furto[5]. O senhor podia vende-lo[6], e além de poder castigá-lo corporalmente, podia até tirar-lhe a vida[7]. Não podia o escravo acusar seu senhor em juízo, assim como não havia entre escravos, e se não podia contrair com eles matrimônio, e sim *contubernium*[8]. Quanto a existir *conturbenium* entre eles, e com eles ficou sendo sempre como era pelo direito antigo; assim também não se cometia adultério para com eles[9]; entretanto, o parentesco que resultava de suas uniões tornava-se um impedimento logo que obtinham a alforria[10].

Em melhores tempos outra era a condição do escravo: muitas vezes comiam mesmo à mesa com seus senhores, de cujos filhos eram os mestres; e tomavam parte nos encargos domésticos como se fossem da família[11].

Vangerow nos seus cursos de história do direito romano, em Heidelberg, seguindo a opinião de que o escravo não está só em domínio, mas também na *potestas* de seu senhor, diferencia o filhofamílias do escravo em estar aquele na *potestas* de seu pai, entretanto, que este está em *potestas* e domínio de seu senhor. Contra esta opinião é Walter. Puchta diz-nos na sua obra, *Curs. Inst.* que não é só domínio que tem o senhor sobre o escravo, está este também sujeito à *potestas* daquele, e não é uma *potestas* privativa deles, porém, também possível sobre pessoas livres (como a *patria potestas*). O homem livre que está *in potestate* limita a sua personalidade jurídica, o que já não acontece com o escravo, que nada mais tem a limitar; e a *potestas* do senhor sobre ele antes lhe dá uma posição jurídica: porquanto torna-se ele igual a uma parte ou membro do senhor tendo assim a possibilidade de representá-lo, de ser instituído herdeiro em testamento vindo por via dele a caber a herança à pessoa do senhor. *Dominio* e *potestas*, entretanto, não são requisitos necessários á escravidão, porquanto

5 L. 17 pr. D. furtis (47, 2).
6 Cato, de rustica. 2.
7 Gai. I, 52.
8 Paul. sent. II, 19 § 6; Varro de re rustica I, 17, 5.
9 L. 2 § 1 D. si co noxal. (2, 9); L. 26 § 6 D. de nox. act. (9, 4).
10 Gai. IV, 77.
11 Gai. IV, 78.

mesmo um escravo sem senhor não é por isso livre. Poderem escravos fazer contratos obrigando-se por eles de maneira que essa obrigação depois da sua manumissão tenha validade embora limitada, é segundo o mesmo Puchta, uma conseqüência da *potestas* em que eles estão, e pela qual até certo grau tomam parte na personalidade do senhor. Por delitos que cometeram durante a escravidão e pelos quais podiam ser acusados, depois que tivessem obtido a liberdade, não o podiam ser pelo senhor[12].

O escravo, porém, como completamente incapaz de direitos, e isto não só pelo *jus civile* como pelo *jus gentium*, pois é de ambos os direitos, não era contado entre pessoas, *nullum caput habet*.

Pela escravidão tornava-se o homem uma cousa, igual a uma fera, e objeto para a propriedade do senhor, que dele podia dispor como bem lhe parecesse. Assim no tempo de Augusto, ou Tibério pelo *Senatusconsultum Silanianum* levava-se o escravo do senhor assassinado à tortura, a fim de se descobrir o assassino; e do mesmo modo se ordenava o castigo daquele escravo, que não tivesse vindo em socorro a seu senhor[13].

Só pouco a pouco se foi modificando este rigor. Reconheceu-se, que o escravo, segundo a razão natural, era sempre um homem e igual aos outros homens[14]. Uma *Lex Petronia* do tempo de Nero proibiu que se vendessem escravos para combater com feras nos jogos públicos, ainda mesmo quando tivessem merecido castigo[15]. Adriano procurou proteger os escravos, e não queria que o senhor fizesse uso do direito, que tinha sobre o escravo de vida, e de morte, devendo os tribunais decidir sobre o bom ou mau fundamento da pena de morte[16]; e neste espírito dar o senhor arbitrariamente a morte ao seu escravo[17], excetos nos casos pre-

---

12 L. 14. D de O. ct A. (44, 7); Gai. IV, 77, 78.

13 D. XXIX, 5; de S. C. Silaniano et Claudiano.

14 L. 32 D. de reg. jur. (50, 17).

15 L. 11. § 1. Duas. D. ad. leg. Corn. sicar. (48, 8); L. 42 D. de contrab. emt. (18, 1); um exemplo da Gellius V, 14.

16 Spart. Hadr. 18; L. 2 de his qui sui (1, 6).

17 Sueton. Claud. 12; Gai. I, 53; L. 1 § 2 D. de his qui sui (1, 6) § 2 . I. de his qui sui (1, 8); L. 1 § 2 D. ad. leg. Cornel. de sicar. (48, 8); L. 1. C. de emend. Servor. (9, 14).

vistos pela lei[18], e também castrá-lo[19], foi declarado delito público. Nas alienações não se consentia mesmo, que viessem a ser separados dos seus parentes mais próximos[20].

Antonino Pio proibiu em geral todo e qualquer tratamento cruel e obsceno do senhor para com seu escravo[21]; incorresse na pena da *Lex Cornelia de sicariis*, como se fosse ele alheio. Também por maus-tratos devia o senhor ser obrigado a vendê-lo.

Uma concessão singular e única feita aos escravos que pertenciam ao Estado era de poderem dispor por testamento de metade do que tivessem[22].

II. EM PARTICULAR

A – *Aquisições do senhor pelo escravo*

§ 10. Era um princípio natural, que pertenciam ao senhor as aquisições feitas pelo escravo, que nada podia ter seu próprio. Tudo o que o escravo adquiria era para aquele, sobre ele tinha a *potestas*, quando a esta estava unida a *possessio*[23].

Possuindo os romanos abastados inúmeros escravos não os empregavam unicamente no serviço comum; porém, também como procuradores, cômicos, declamadores, médicos, e no ensino como mestres; e podiam por diligência e economia sua[24], com a proteção do senhor, que o fazia em interesse próprio, obter uma fortuna, e até mesmo ter a administração desses bens. Um pecúlio podia, pois, ser constituído em benefício do escravo, o qual não de fato, porém, de direito ficava pertencendo ao

18 L. 24 D. ad. Leg. Jul. de adulter. (48, 5); L. 1 § 4 D. ad. leg. Cornel. de sic. (48, 8); a estes casos se referem as: L. 53 § 3. D. de legat. I., 30; L. 96 D. de verb. obl. (45, 1); L. 5. D. de accus. (48, 2); L. 1 § 5 D. de off. praef. urb. (1, 12).

19 Suet. Domit. 7; L. 3 § 4; L.4 § 2; L. 6. D. ad. leg. Cornel de sicar. (48, 8); Paul. sent rec. V. 23 § 13.

20 L. 35 D. de aedilit. edict. (21, 1); L. 11. C. comm. utr. judio. (3, 38).

21 Gai. I, 50; L. 2. D. de his qui sui (1, 6).

22 Ulp. XX, 16.

23 Gai. I, 52; II, 86, 89.

24 L. 39. D. de peculio (15, 1).

senhor[25], que sempre que quis esse podia reavê-lo[26]. Segundo Tácito, era mesmo costume entre os romanos dar ou prometer a liberdade àquele escravo, que tivesse conseguido elevar o seu pecúlio a uma certa quantia[27]. O direito positivo considerava o pecúlio como doado ao escravo, logo que os senhor, concedendo-lhe a liberdade, não tivesse expressamente reservado esses bens para si[28]. Pecúlio, pois, são aqueles bens, que o senhor entregava ao escravo sob sua administração, os quais não estavam, porém, juridicamente separados dos outros bens; não bastando ter o escravo a posse, por isso que se tornava necessária uma *concessio pecullii*[29]. Logo que o senhor dava ao escravo *libera administratio* sobre os bens do pecúlio podia ele aliená-los, mas não doá-los[30]. Na concessão do pecúlio estava compreendida tacitamente a autoridade até mesmo para contrair dívidas. Por esta razão concedia o pretor que um terceiro por negócios feitos com o escravo movesse contra o senhor uma ação, a fim de ser embolsado, devendo este satisfazê-lo com os bens do pecúlio, e não era obrigado a mais[31]. A ação, porém, segundo o edito do pretor logo que o escravo tivesse falecido, ou que tivesse vendido ou manumitido devia ser movida dentro de um ano[32]. Com relação ao que o senhor tivesse direito do escravo preferia ele a todos os outros[33], por ser de suma importância ter sido ele o primeiro a apresentar-se[34]. Não era raro ter um escravo no seu pecúlio outros escravos, os quais podiam também vir a ter pecúlios próprios: tais eram os *servi vicarii* em contraposição a *servi ordinarii*. Estes estavam compreendidos no pecúlio principal; e no caso de dívida ficavam sujeitos a ela, e do mesmo modo sujeitos à dedução, que o senhor tivesse a fazer[35].

---

25 L. 37. § 1. D. de acquir. rer. Dom. (41, 1); pr. I. quib. non pormitt. (2, 12).
26 L. 8 D. de peculio (15, 1).
27 Taciti, Ann. XIV, 42; Dionys. IV, 24.
28 Frgm. Vat. § 261; L. 53 D. de peculio (15, 1).
29 L. 4 pr. § 2. D. de peculio (15, 1).
30 L. 125. D de V. S. (50, 16).
31 Gai. IV, 73; § 4. J. quod cum eo (4, 7); L. 1. 4. D. de peculio (15, 1).
32 L. 1. D. quando de peculio (15, 2).
33 L. 1. § 2, D. de tribut. Act. (14, 4); L. 5 § 4; L. 9 § 2 3, 4; L. 11 § 2 D. de peculio (15, 1).
34 Frgm. Vat. § 261; L. 53 D. de peculio (15, 1).
35 L. 17. D de peculio (15, 1); Theophil. IV. 7. § 4.

Com a *concessio pecullii* declarava o senhor em geral qual a sua vontade quanto a adquirir o escravo para ele; donde vinha poder o escravo, ignorando aquele, adquirir a posse para o pecúlio, e, por conseguinte, para seu senhor; e o senhor por meio dele tinha a posse de outras cousas (razão por que cometendo o escravo um furto contra o senhor não lhe tirava a posse), possui a si próprio também para o senhor, e daí vem continuar a posse sobre o escravo fugido até que outra pessoa viesse a adquiri-la[36].

Havendo condomínio sobre o escravo tinham todos os senhores *potestas* sobre ele, e também domínio[37]; recebiam *pro rata* o que era adquirido pelo escravo, e só se fazia uma exceção quando o escravo expressamente adquiria para um dos senhores: *Titio Domino meo dari spondes?* Ou então: *hanc rem ex jure Quiritium Lucii Titii dominii mei esse aio ea quoe ei empta esto hoc aere aeneaque libra*. Quando o escravo empreendia um negócio por ordem de um dos senhores, sem declarar, entretanto, o nome, adquiria ele, segundo a opinião da escola sabiniana, para esse só; e foi esta a adotada por Justiniano, desprezando-se assim a da escola proculiana[38]. Se o escravo estivesse no domínio bonitário de um, e no quiritário de terceiro, *ex omnibus causis ei soli per adquiri cujus in bonis est*[39].

Em benefício do usufrutuário só adquiria o escravo de duas maneiras: a) *ex re sua*, isto é, quando os próprios bens do usufrutuário forneciam os meios para a aquisição, que se dá já no *usus* do escravo; b) ou *ex operis servi*, isto é, o que lhe adquiria o escravo pelo seu trabalho e serviço, cuja aquisição só está no *fructus*[40]. O mesmo acontece com relação ao que adquire um *bona fidei possessor*, quer de um escravo, quer de uma pessoa livre[41].

---

36 L. 1 § 14; L. 13 pr.; L. 15, 47. D. de adqu. Poss. (41, 2)
37 L. 215. D de V. S. (50, 16).
38 Gai. III, 167; § 3. L. per quas pers. Nobis obl. (3, 28); L. 6 D. de stip. Servor. (45, 3).
39 Gai. II, 88.
40 Gai. II, 91; III, 164; Ulp. XIX, 21; § 2. I. per quas pers. (3, 28).
41 Gai. II 86; III, 164; § 1. I. per quas pers. nob obl. (3, 28).

Mas para adquirir a posse por via do escravo era preciso que sobre ele se tivesse posse; por que com esta vinha-se a ter a posse também daquilo de que ele se apossará[42]. O simples direito da *potestas* não era suficiente, portanto, para a aquisição da posse, por conseguinte indiferente era ser o possuidor do escravo dono ou não, porém, como a posse seja um direito, a aquisição da posse só era reconhecida àquele dono, que possuía o escravo; e só se dava este caso para o possuidor de um escravo estranho, quando *bonae fidei possessor, ex re ejus, ou ex operis ejus*[43].

B – *Como se obriga o senhor pelo escravo*

§11. O senhor pelo seu escravo só se obrigava pelas *actiones adjectiae qualitis,* ou *noxales;* excetuados estes casos, não era ele obrigado por negócio, ou delito algum do escravo.

Obrigava-se o senhor por negócios do escravo quando para isso o tivesse autorizado, quer expressa, quer tacitamente; porquanto: o escravo aqui não era senão um instrumento. Era também possível ao escravo empreender negócio só por sua conta; e pelas dívidas que porventura resultassem de tal negociação não era responsável o senhor, por isso que um homem livre só por sua própria vontade se podia obrigar, e não se obrigava pela de outro homem. Para o escravo resultava uma obrigação, que porém, só era e só podia ser natural[44].

Quando o senhor autorizava o escravo a concluir um negócio por ele podia então ter lugar, pelo edito dos pretores, uma *actio quod jussu* contra ele[45]. O negócio era considerado, de alguma forma, como concluído pelo senhor, por isso que do escravo se não tinha ele servido senão como de um instrumento. Se fosse o próprio senhor quem o tivesse feito, nesse caso ir-se-ia contra ele com a ação direta, e não com a *actio quod jussu*[46].

Punha o senhor muitas vezes um escravo seu em navio mercante como mestre, ou como fator em qualquer ramo de indústria; podia neste

42 L. 15. 50 § 1. D. de adqu. poss. (41, 2).
43 Gai. II, 94 § 4. I per quas pers. adqu. dom. (41, 1).
44 Gai. II, 119.
45 Gai IV, 70; L. 1. D. quod jussu (15, 4); § 1. I. quod cum eo (4, 7).
46 L. 5 pr. D. quod jussu. (15, 4).

caso ter lugar contra o senhor uma *actio exercitoria*, ou *institoria* pelos negócios concluídos pelo escravo nessa qualidade[47].

Como o senhor pelo escravo assim também se obrigava o paterfamílias pelo filhofamílias[48].

Quanto aos delitos do escravo contra um terceiro deles resultava uma *obligatio*; a ação, porém, só podia ser movida tendo o escravo obtido a sua alforria[49]. Contra o senhor resultava uma ação noxal pela qual ou ele fazia reparação do dano causado, ou entregava o escravo[50]. Entregava-se o escravo segundo as formalidades estabelecidas para a *traditio* do domínio quiritário[51]. No caso de não ser possível uma ação contra o senhor, levava então o autor o escravo para sua casa por ordem do pretor, e sobre ele adquiria o domínio pretorial[52]. Se teu filho ou servo teu *noxam commiserit*, enquanto em teu poder, contigo é a ação: *omnes noxales actiones caput sequuntur*; se for parar depois no poder de outrem *cum illo incipit actio esse*[53]. Se o escravo contra o senhor *noxam commserit* não tem este contra o escravo ação nenhuma[54]. Se porventura qualquer escravo *noxam commiserit mihi*, antes de intentada a ação se tornasse meu, segundo os sabinianos desapareceria esse direito de ação que tínhamos contra o escravo; segundo os Proculianos, porém, ficava ele unicamente suspenso até a alienação do dito escravo[55].

---

47 Gai. IV, 71 L. 1 D. de exercit. act (14, 1); L. 1. 3. 5. D. de instit. act. (14, 2).
48 L. 1 D. quod jussu. (15, 4).
49 Gai IV, 77; L. 14 D. de oblig. et act. (44, 7).
50 Gai. IV, 75-78; Tit. I. de noxalib. act. (4, 8); L. 1. 2. D. de mox. act. (9, 4).
51 Gai. IV, 79.
52 L. 2 § 1 D. si ex noxali (2, 9); L. 26 § 6 D. de nox. act. (9, 4).
53 Gai. IV, 77.
54 Gai. IV, 78.
55 Gai. 1. c.

. . . .

Título III

DA LIBERDADE

INTRODUÇÃO

§ 12. É HOMEM LIVRE todo aquele que não é escravo. Se for livre por nascimento, denomina-se *ingenuus*, se por manumissão, *libertus s. libertinus*. Livres eram, pois, os que já assim nasciam, ou que tendo nascido escravos vieram a obter a sua liberdade; e mesmo os que estavam *servorum loco* pertenciam à classe dos livres. Com a manumissão não desapareciam para o manumitido todas as conseqüências e recordações da escravidão: daí provinha essa diferença entre os livres; denominavam-se *ingênuos* aqueles que tinham já nascido livres e, para diferença deles, aos que tinham sido escravos chamavam-se *libertinos*. Não tinham estes até o tempo do imperador Justiniano completa independência, estando sujeitos como estavam ao patronato, poder que foi todos os dias diminuindo de importância até que por fim, salvos ainda raríssimos casos, como que desapareceu. Antes de Justiniano, até mesmo por uma *Lex Visellia* se dava uma ação criminal contra o libertino que se arrogasse a condição e os privilégios de ingênuo[1].

---

1 L. un C. ad Legem Viselliam (9, 21).

Como acabamos de dizer, ingênuo era aquele que não tinha nascido escravo; mas exigia-se também, que não tivesse vindo a cair depois em uma *justa servitus*, ou que tendo sido dela manumitido tivesse obtido a *restitutio natalium*. Por arrogação na família de um homem livre não se tornava por isso o arrogado ingênuo[2].

O direito de ingenuidade podia ser concedido por privilégio. Os imperadores concediam pela *natalium restitutio* o direito de ingenuidade a um *libertino,* tornando-se assim igual a um ingênuo[3]. Quanto, porém, ao *jus aurcorum annulorum* pelo qual também obtinha o libertino o mesmo direito, ficava ele ainda sujeito ao patronato, excetuado o que, em tudo o mais era como um ingênuo.

A diferença entre liberto e libertino servia para denotar no primeiro caso o manumitido com relação especial a seu patrono; e no segundo por contraposição a ingênuo[4].

I. DA LIBERDADE

A – *Da manumissão*

1. Princípios gerais

a. *Sua natureza e definição*

§ 13. Obter direitos inerentes à qualidade de homem livre, isto é, a possibilidade de sair da escravidão, é uma conseqüência necessária da mesma escravidão. Sendo, pois, essa possibilidade uma conseqüência do cativeiro, e sendo este constituído pelo poder que um povo estranho tinha de fato sobre um homem, ficava o cativeiro dependente da prolongação desse mesmo poder, e acabava quando os cativos dele se viam livres; o que lhes era possível fugindo do povo inimigo, voltando para o seu país, ou al-

---

2 Gell. V, 19.

3 D. XL, 11: de natalib. restituendis; Cod. VI, 8: de jure aureor. anulorum; Fragm. Vatic. 226.

4 Isidor. Orig. IV. O sentido antigo destas duas palavras era este segundo Sueton. Claud. 24: temporibus appii et aliquamdiu libertinos dicitur, non ipsos qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos.

cançando o de gente aliada e amiga. A liberdade não tinha outro requisito mais do que o de voltar o cativo[5].

A transição de escravo para homem livre, afora esse caso, tinha lugar por manumissão da parte do senhor (alforria); para manumissão, porém, exigiam-se requisitos, sem os quais não podia surtir dela efeito algum, ou quando assim fosse não era completo e sim parcial.

A manumissão é aquela declaração pela qual o senhor dava a liberdade ao seu escravo; declaração esta, porém, que devia ser feita conforme os direitos que regulavam este ato. A manumissão não era outra cousa mais do que uma – *alienatio rei mancipi*.

A possibilidade que havia de obter a liberdade trazia consigo uma condição necessária, e pela qual quando mesmo ainda se fosse escravo, contudo, já pela proximidade à liberdade obtinha-se certa entidade jurídica, e tal era a condição do *in libertate esse*. O escravo podia *in libertate esse*, em primeiro lugar por vontade do senhor; porquanto uma manumissão incompleta não podia conferir senão uma liberdade factícia – dispensa do serviço; esta liberdade era, entretanto, protegida pelo magistrado, no caso de querer o senhor retirar o que tinha sido talvez mera liberalidade sua. Propriamente, porém, ainda se era escravo[6].

Segundo o ponto de vista romano (*jure quirintium*) a liberdade concedida por um peregrino a seu escravo não era senão uma liberdade factícia, porquanto, o liberto só era considerado como quem *voluntate domini in libertate est*: por isso que não podia um peregrino manumitir conforme as fórmulas prescritas pelos romanos.

Sem ser vontade do senhor podia um escravo *in libertate esse*, e vivia ele como se livre fosse: e a prolongada duração desta condição dava uma *proecriptio temporis*, a qual levava então à verdadeira liberdade. Quando o que *in libertate erat* morria, seus bens cabiam ao senhor *jure peculii*[7].

---

5 L. 19 § 3. D de captiv. (49, 15).

6 Gai. III, 56.

7 Ulp. I, 10, 12; Gai. III, 56; Fragm. Dosith. 14.

Obtinha o libertino pela manumissão a *civitas*, a latinidade ou a peregrinidade. Para que ele fosse *civis* era preciso que o *manumissor* fosse *civis romanus*[8], devendo a manumissão ter sido feita segundo as formalidades marcadas pela lei[9]. A *civitas* era também concedida àqueles cativos, que fossem manumitidos pelo Estado[10].

Quando o escravo não tivesse sido manumitido segundo as formalidades quirícias; ou quando o manumissor não fosse *dominus ex jure quiritium*, e em suma, quando a manumissão não tivesse sido feita *apud consilium*, e o escravo tivesse menos de 30 anos, era-se latino[11].

A peregrinidade tinha lugar em um único caso marcado pela *Lex Aelia Sentia*. Não tinham estes libertos nem *conubium*, nem *commercium*[12], não ousavam apresentar-se em Roma, e nem mesmo se quer *intra centesimum miliarium*; e de modo algum podiam obter a *civitas*[13]. Seus descendentes, porém, eram peregrinos, e não estavam sujeitos a esta restrição particular.

Libertinorum tria sunt genera, nam aut cives romani, aut latini, aut dediticiorum numero sunt[14].

b. *Causas por que se não pode manumitir*

§ 14. A manumissão tornava-se muitas vezes sem efeito pelas causas seguintes:

Só *in bonis habere* dava *potestas*, mas já não acontecia assim quanto ao *nudum jus quiritium*[15], e daí provinha que aquele que tivesse o escravo *in bonis*, manumetindo-o não o fazia senão *latinus*; *civis* só podia fazê-lo quem o tivesse não só *in bonis*, como também *ex jure quiritium*[16]. Aquele que não tivesse o escravo *in bonis*, nem *ex jure quiritium* não podia

8 Theoph. I, 5, § 3.
9 Gai. I, 17; Ulp. I, 5.
10 L. 5 § 3 D. de capitv. (49, 15).
11 Gai. I, 17; Theoph. I, 5 § 4.
12 Ulp. V, 4; XIX, 4.
13 Gai. I, 25, 26, 27, 67; Sueton. Octavian. 40.
14 Gai. I, 12.
15 Ulp. I, 16; Gai. I, 35.
16 Ulp. I, 16.

manumiti-lo. A mulher que estava em tutela, o pupilo e a pupila não podia manumitir[17].

Um de muitos consenhores manumetindo a um escravo não lhe dava por isso a liberdade, esse que o manumitia renunciava ao seu direito sobre o escravo, acrescendo a sua parte aos outros consenhores. Tendo lugar uma manumissão menos solene (*inter. amicos etc.*) por ela não provinha, nem podia haver (se bem alguns jurisconsultos o queiram) um *jus accrescendi* a favor dos outros. A opinião desses jurisconsultos é falsa por isso que o manumitido *inter amicos* mesmo pela *Lex Junia* era considerado como se tivesse sempre sido escravo. O consenhor, porém, podia logo que quisesse manumitir o escravo, obrigar aos seus sócios a renunciar à parte que tinham, entretanto, ele com o valor; isto é, ele podia exigir a divisão, e que se lhe desse o escravo indenizando ele os outros[18]; e Justiniano ordenou que quando um dos consenhores desse a liberdade ao escravo, ou lhe quisesse dar, que os outros vendessem a sua parte, e até mesmo marcou-se o preço. Não tinha, pois, lugar em semelhante caso um *jus accrescendi*[19].

O senhor não deixava de poder manumitir aquele de seus escravos que estivesse no usufruto de alguém; continuava, porém, o usufruto, e só quando acabava é que o escravo era realmente livre. Os jurisconsultos encaravam o escravo neste caso como *cervas sine domino*; e alguns mesmo queriam que fosse ele depois do usufruto não *civis*, sim *latinus*[20]. Justiniano mandou que fosse ele já tratado como livre, embora continuasse o direito do usufrutuário[21]. Se, porém, o usufrutuário manumitia o escravo, não ficava este sendo livre; e tanto quanto vivesse o usufrutuário seu senhor não podia exigir dele serviço algum[22].

O escravo a despeito de hipoteca geral podia ser manumitido; por hipoteca especial, a fim de que tivesse validade a manumissão, devia ter sido o credor satisfeito, e ter, portanto, caducado a hipoteca[23]. Aqui

---

17 Ulp. I, 17; Frgm. Dosith. 12; Paul. IV, 12, 1.
18 L. 1 pr. C. de comm. servo manum. (7, 7).
19 L. 1 pr. C. cod.
20 Frgm. Dosith. 13; Ulp. I, 19.
21 L. 1 pr . C. comm. de manum. (7, 15).
22 L. 1 pr. C cit.
23 Frgm. Dosith. 18; L. 3. D. de manum. (40, 1); L. 26, 27 § 1 D. qui et a quib. man. (40, 9).

também só como *latinus* reconheciam os jurisconsultos romanos ao escravo.

O *dediticiorum numero*, que visto *intra centesimum miliarum* da cidade de Roma tornava a ser vendido como escravo, e não podia mais ser manumitido[24].

Ordenou a *Lex Aelia Sentia*, que fosse nula toda e qualquer manumissão in *fraudem creditorem*; e um *Sctum*. Do tempo de Adriano mandou que o mesmo se entendesse com relação aos peregrinos[25]. A fraude tinha lugar: a) quando no momento da manumissão se tornava o manumissor insolvente; b) quando havia de sua parte *animus fraudendi*. A lei excetuava o caso em que o senhor para evitar a ignomínia de um concurso depois de sua morte, deixava em seu testamento o escravo livre, e o instituía s eu herdeiro[26].

Também ao patrono daquele que manumitia com fim de diminuir a sua herança dava a *Lex Aelia Sentia* o direito de revogar a manumissão feita com esse propósito[27].

A *Lex Aaelia Sentia* ordenou também parte em interesse do próprio senhor, parte no do Estado, e para evitar manumissões irrefletidas, e até mesmo para diminuí-las, que o senhor não pudesse manumitir escravo algum seu, sem ter completado, ele senhor, vinte anos de idade; e só por uma manumissão *vindicta* podia ter lugar tendo convocado um concílio (*apud concilium*) para esse fim (composto em Roma de cinco senadores, e cinco éqüites, nas províncias de vinte *recuperatores* do mesmo modo *cives romani*); e provasse existir uma *justa causa manumittendi*[28]. *Justae autem causae manumissionis sunt veluti si quis patrem, aut madrem, aut pedagogum, autem colactaneum manumittat*[29]. Pela determinação irrevogável desta lei de que fosse só valida uma manumissão *vindicta apud consilium* tornava-se impossível a um menor de vinte anos manumitir por testamento[30]. Justiniano, porém, man-

---

24 Gai. I, 27.

25 Ulp. I, 15; Gai. I, 37, 47; pr. § 3. I. qui et quib. ex caus. manum. non poss. (1, 6); L. 10, 24. D. qui et a quib. (40, 9).

26 Gai. I, 21; Ulp. I, 14.

27 Gai. I, 37; Ulp. I, 15.

28 Gai. I, 38; Ulp. I, 13.

29 Gai. I, 19, 39.

dou em princípio que fosse a manumissão testamentária válida logo que o senhor tivesse 17 anos completos; por último que fosse válida a manumissão feita por aquele que pudesse fazer testamento[31].

A *Lex Furia Caninia* querendo opor um dique às manumissões testamentárias, que se tornavam de dia para dia mais levianas ordenou: que quem tivesse três escravos não pudesse manumitir mais de dous por testamento; quem tivesse de quatro a dez mais de a metade; de onze a trinta uma terça parte; de trinta e um a cem uma quarta parte; de cem a quinhentos a quinta parte. Mais de cem escravos não podia pessoa alguma manumitir em seu testamento. Quando porventura o testador excedesse o número marcado pela lei, e se tornasse difícil saber qual o nome do escravo que tinha pela manumissão excedido o número, já escrevendo-se os nomes em um círculo, já nomeando-os, tornavam-se de nenhum efeito as manumissões[32]. Justiniano revogou esta lei[33].

A manumissão de um escravo podia também ser proibida por um pacto ou testamento[34] ou por uma lei, como, por exemplo, a *Lex Julia de adulteriis* com relação àqueles escravos, cujas manumissões eram dificultadas por qualquer inquirição criminal[35].

2. Da Manumissão para a Civitas Romana

a. *Requisitos em geral*

§ 15. Três eram os requisitos principais para que o escravo viesse pela manumissão a obter a *civitas romana*.

Exigia-se que fosse o manumissor dominus *ex jure quiritium*[36], que a manumissão fosse *et justa ae legitima*, isto é, *vindicta, censu, aut testamento*[37]. (Essas três manumissões ainda existiam no tempo de Cícero.)

30 Gai. I, 40.
31 § 7. I. qui et quib. ex caus. man (1, 6); Nov. 119 c. 2.
32 Gai. I, 42 – 46; Ulp. I, 24, 25; Paul. IV, 14 ad legem furiam can.
33 I. I, 7 de lege fur. can. tollenda.
34 L. 9 § 2 D. qui et a quib. (40, 9).
35 L. 12 – 14 D. qui et a quib. (40, 9).
36 gai. I, 17.

Do mesmo modo exigia-se que tivesse o manumitido trinta anos de idade; porquanto mandava a *Lex Aelia Sentia*, que aquele escravo que ainda não tivesse trinta anos de idade, não fosse *civis*, e sim *latinus*[38]. Exceção era feita em alguns casos, como, por exemplo, quando a manumissão tivesse sido *vindicta* e existisse uma *justa causa manumittendi*, provada perante os juízes competentes[39]. Do mesmo modo logo que o senhor insolvente declarava livre em testamento o escravo, e o instituía herdeiro[40]. Finalmente quando o escravo menor de trinta anos era manumitido por testamento, porém, com a cláusula expressa de só vigorar a manumissão quando ele completasse a idade legítima[41].

Não padece, pois, dúvida determinar a *Lex Aelia Sentia* que o escravo manumitido antes de ter completado trinta anos não obtinha a *civitas romana*.

Ulp. I 12. diz: « *Eadem lege (sc. Aelia Sentia) catum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis romanus non fiat nisi apud concilium probata fuerit.* »

Gai. I, 18 - « nam ea Lex minores triginta annorum servos *non aliter voluit manumissos cives romanos fieri quam si...* »

Segundo estas duas fontes pergunta-se se o escravo ainda não tivesse trinta anos, qual era a determinação da lei quando de outro modo tivesse ele sido manumitido? Eis uma questão bem debatida, e que merece ser examinada.

Os jurisconsultos alemães estavam perfeitamente de acordo quanto à pergunta: o que se tornava o escravo assim manumitido? Respondiam todos a mesma cousa: que uma tal manumissão *não tinha validade alguma, exceto quando por testamento*, por dela resultar então o *in libertate morari*, depois a latinidade. Esta opinião se fundava nas palavras de Ulp. I, 12. - «*...ideo sine consilio manumissum Caesaris servum manere*

37 Gai. I. c.

38 Ulp I, 12; gai. I, 18 – 21; Fragm. Dosith. 16, 19.

39 Gai. I, 18; Ulp. I, 12; Theophil. I, 5 § 4; V. § 13.

40 Ulp. I, 14; Gai I, 21; L. 27 de manum. test. (40, 4).

41 Gai. II, 276; L. 39 § 2. D. fam. ercisc. (10, 2); L. 38, 46. D. manum test. (40, 4); L. 13 § ult. de statu lib. (40, 7); L. ult. D. de reb. dubiis (34, 5).

pulat: testamento vero manumissum perinde habere jubet, atque si domini voluntate in libertate esse, ideoque latinus fit. » Segue, porém, V. Vangerow opinião diversa desta, e quer ele: "*que o escravo manumitido antes dos* trinta *anos de idade fosse* latinus junianus*, e isto quer por testamento, quer de outra maneira manumitido*: porquanto Gaius dá três requisitos positivos para se obter a *civitas: nam in cujus personna tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex jure Quiritium domini, et justa ae legítima manumissione leberetur, id est vindicta, aut censu, aut testamento, is civis romanus fit; sin vero aliquid eorum decrit latinus erit.*" Assim Gaius diz que logo que faltasse um destes requisitos, conseqüentemente quando também faltasse a idade competente do escravo para poder ser manumitido, que fosse *latinus*. Impossível seria que Gaius se exprimisse deste modo quando o menor *triginta annorum* sendo manumitido fosse *latinus* em um único caso. Para aqui devemos ainda trazer a primitiva restrição da *causae probatio* mencionada por este jurisconsulto: Gai. I, 29; "Eadem lege Aelia Sentia cautum est, *ut minores triginta annorum manumissi latini facti*" etc. Gai. I, 31: "Hoc tamen jus adioiscendae civitatis romanae etiamsi *soli minores triginta annorum manumissi, et latini facti*, ex lege Aelia Sentia habuerunt, tamen postea Scto... etiam majoribus triginta annorum latinis factio concessum est."

Fala Gaius de § 12 a 36 dos diferentes modos por que se é manumitido, e do efeito de uma manumissão válida; e só de § 36 a 48 dá ele as causas, que anulam uma manumissão. Necessariamente teria Gaius nesta última parte, e não na primeira como fez, falado dos trinta anos do escravo quando porventura considerasse isto como um impedimento para se obter a liberdade. Considerando, pois, Gaius, e tudo quanto ele diz e comparando-se as expressões, por ele usadas com as que ele emprega quando deve a manumissão ser nula, não se poderá duvidar então que Gaius pelo menos não considera a falta dos trinta anos senão como um impedimento para o escravo ser *civis*, e não impedimento para a sua liberdade. Theophilus[42] diz em geral que o escravo quando ainda não tivesse trinta anos, sendo manumitido, não era senão *latinus junianus*.

---

42 Theoph. L. I, Tit. 5. § 4.

Quanto à palavra *Caesaris* (*ideo sine consilium manumissum Caesaris servum manere pulat, etc*.), e de que ela não pode deixar de ser um engano, é hoje geralmente reconhecido; e a opinião de Petitus não pode ter quem[43] hoje a siga. Schulting ad h. 1. nota que se a *Lex Aelia* mandava que fosse o liberto neste caso escravo do imperador, que então, em vez da palavra *servum manere* devia-se ter empregado a expressão *servum fieri*. A maior parte, porém, dos jurisconsultos antigos contentam-se com riscar a palavra *Caesaris*; entretanto, como é que foi o copista meter no texto uma palavra estranha? Mas dado esse caso[44] pouco ganharíamos; porquanto teria Ulpiano dito então: que pela *Lex Aelia Sentia* aquele escravo que ainda não tivesse completado os trinta anos de idade fosse manumissão *vindicta civis romanus* quando precedesse justificação de uma justa causa *apud consilium*; tendo ela (*Lex Aelia*), pois, como escravo aquele, que fosse manumitido *sine consilio*. Que se diga também de uma lei *putat* é notável, porém, não deixam de haver exemplos como na L. 25 de Statu lib. (40, 7) etc., e não é mal aplicado logo que se não queira dar a determinação expressa da lei, e sim mais como um pensamento que partira do legislador, e que indiretamente se manifesta na lei. Para o nosso caso não podemos esperar senão que seja uma conseqüência deduzida da mesma lei, o que bem claro é pelo *ideo*. Mas o que se seguiria senão que a *Lex Aelia* exige para o escravo que não tem trinta anos de idade, ser ele manumitido *vindicta apud consilium* para poder obter a *civitas*, sendo assim o que fosse manumitido *sine consilio* escravo?

Hugo na sua edição de Ulpiano julga ser em vez da palavra *Caesaris* o nome de um jurisconsulto ou uma lei, o que se deva entender. Assim Puchta quer que se leia em vez de Caesaris, Cassius, ao passo que Bethmann-Hollweg com mais aproximação do manuscrito quer que se emende a palavra com CAE. SABIS (Caelius Sabinus). Zimmern quer que, em vez de Caesaris se leia *Senatus,* que é então o sujeito de *putat* e *jubet*; apóia-se em Gai. II, 276. Schilling quer finalmente que se leia em vez de Caesaris, *censuve*.

Vangerow provando a incoerência de todas estas emendas quer que se considerem as palavras « *ideo sine consilio manumissum Caesaris scrvum manere putat* » como uma *glossa*, que entrou no texto, e que dele se

43 v. Vangerow Latini Juniani p. 24 § 6.
44 Observatt. lib. II. cap. 5.

deve riscar. Conservando-se essas palavras, quer se risque *Caesaris*, quer se troque com outra é sempre um impossível explicar-se como é que pôde Ulpiano considerar essa sentença uma *conseqüência*, pondo-a em contradição com outras muitas fontes. Além disto, levando-se em consideração o *putat* e a expressão não latina *sine consilio manumissus* em vez de *causa apud consilium non probata manumissus*; é força confessar que tudo claramente demonstra ser falsa a passagem em questão.

Toda dificuldade desaparece cortando-se essa sentença. Ulpiano quer determinar os direitos do escravo, que foi manumitido antes dos trinta anos. Ora, naturalmente é pela diferença das manumissões. Da *manumissio censu* não fala por ter caído em desuso, assim como também não menciona a *manumissio inter amicos*, porque nada tinha de particular; assim, era o mesmo, quer tivesse o escravo trinta anos, ou não; ficava-lhe, porém, a *manumissio vindicta,* e *testamento*; e então o que diz ele é que o escravo que fosse manumitido *vindicta* era *civis romanus* tendo precedido uma *justa causa apud consilium*; quando, porém, manumitido *testamento*, que era então *latinus*.

Seguimos a opinião do nosso digno mestre: porquanto se fosse o pensamento de Ulpiano dizer que o escravo que ainda não tivesse trinta anos sendo manumitido, e não tendo precedido *justa causa apud consilium*, permanece escravo – não teria dito: *civis romanus non fit*. Assim, quando tratando da manumissão dada pelo senhor que ainda não tinha 20 anos de idade diz ele: *dominus manumittere prohibetur* (Ulp. I, 13) e não diz "*servus a minore viginti annorum manumissus civis romanus non fit*". Julgamos mais com o Dr. V. Vangerow que alguém lendo a sentença em questão entendeu-a assim: a *Lex Aelia* prescreve, que precedendo uma *causae probatio* o *vindicta manumissus* seja *civis romanus* e o *testamento manumissus* só obtinha o *in libertate morari*. Ergo, pensou esse quem quer que foi, o que for manumitido *vindicta* sem *causae probatio* permanece escravo; e então julgara acertado escrever à margem do seu manuscrito: *ideo sine consilium manumissum* L. ae. S (*Lex Aelia Sentia*) *servum manere putat*. Algum copista tomando provavelmente esta observação por palavras do texto para aí as transcreveu e ou ele, ou outro depois trocando o l. por C. leu então em vez de l. ae. s., Caes., donde facilmente se fez a palavra *Caesaris*.

Não padece dúvida que estas letras Caes. se acham em todos os MSS. que possuímos de Ulpiano; pelas pesquisas de Savigny e Hugo é certo que todos os que conhecemos são copiados do MSS. que *existe* no Vaticano.

b. *Em particular das manumissões solenes.*

§ 16. A mais antiga das três manumissões de que vamos tratar é sem dúvida alguma a *manumissio vindicta*; e tinha lugar o ato da manumissão por uma *legis actio* perante o magistrado. Esta manumissão não era senão uma *in jure cessio*; uma aparente *vindicatio in libertate*. Quando a um escravo ou homem *in mancipio* se queria conceder a liberdade por um processo, seu defensor, *assertor,* apresentava-se como autor e dava princípio ao ato da *vindicatio* com o réu – pretendido senhor. – Agarrando o escravo com a mão tocava-lhe de leve com a *festuca* (*festuca s. vindicta*) e pronunciava as palavras solenes do estilo: *Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum causam sicut dixi: ecce tibi vindictam imposui*. A este ato deveria seguir-se da parte do senhor uma *contravindicatio* se porventura se intentasse uma verdadeira *vindicatio*; porém, em vez dela seguia-se a manumissão. O senhor largava o escravo que até então tinha tido segurado pela mão (*manu mittebat*); declarava ser sua vontade conceder-lhe a liberdade fazendo o escravo descrever um círculo (*circumagere, vertere*), ou também declarando expressamente: *hunc hominem liberum esse volo*[45] etc.; ou mesmo de ambos os modos se quisesse, o que era mais geralmente praticado. Seguia-se fazer então o pretor o que lhe cumpria, declarando justa a asserção do assertor, o homem livre e *civis romanus*. A palavra *manumissio* é derivada deste modo de *alforriar*, e até parece denotar ser ela a mais antiga que se conhece. Quanto a se julgar, que a expressão *vindicta* empregada para esta manumissão vem do escravo. *Vindicius* não tem origem senão de uma graça cediça e antiquada, e que foi depois tomada ao sério. Veio-se a simplificar ainda mais esta manumissão. Em princípio era ainda o lictor quem fazia o papel de *assertor*[46], depois dispensou-se ao senhor da assistência nas formalidades, e também achou-se ser incômodo o repetir o lictor

---

45 Festus v. manumitti; Isidor. Or. IX, 4.
46 Schol. ad Pers. sat. V, 88; Boethius in top. 2 (p. 288, Orelli).

ainda as palavras da vindicação, conservou-se só a cerimônia da pancada, que se dava com a *festuca*, ou sem ela[47]; por último considerou-se inútil estar o lictor presente, bastando que o senhor onde encontrasse o pretor, e só, sem assistência de alguém mais, senão do próprio escravo, lhe fizesse saber qual a sua vontade; e o pretor então declarava o escravo livre[48].

A segunda manumissão conhecida é a manumissão *censu*. Esta manumissão tinha lugar, quando o escravo por consentimento de seu senhor era contemplado no arrolamento do censor. O senhor nestas vistas trazia o seu escravo perante o censor, que tomava a *professio* deste, e assim tornava-se ele livre e *civis*. A confirmação, porém, deste ato do censor estava no *lustrum*, e só um *census lustralis* influía para que este ato se tornasse válido. Com o *census lustralis* acabou esta manumissão[49]. Ainda no tempo de Caius é ela mencionada como existindo[50]; já, porém, Ulpiano a tachava de antiguidade[51].

Manumissio testamento. Tinha lugar esta manumissão quando o testador diretamente declarava no seu testamento que ficava livre o seu escravo (*liber esto, liber sit, liberum esse jubeo*). Outra cousa era a comissão transferida ao herdeiro de dar a liberdade a um escravo (*fideicommissa* ou *fideicomissaria libertas*), o que não era uma manumissão, porém, obrigação para isso. Na *libertas directo data* era o testador o manumissor, e o manumitido era seu *libertus*; donde vem a expressão *libertus orcinus* para significar aquele liberto cujo patrono estava no *Orcus*[52]. Devia o escravo ser do senhor tanto no momento em que fizesse o testamento, como naquele em que ele expirasse[53]. Devia o senhor declarar expressamente que manumitia o seu escravo; porquanto quando mesmo o tivesse instituído seu herdeiro, não declarando que ficava livre, era a instituição considerada de nenhum

---

47 L. 23. D. de manum. vindicta. (40, 2).

48 Ulp. L. 8. D. de manum. vind. (40, 2): Ego quum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitii, esti lictoris praesentia non esset. Ulp. I, 7; Liv. II. 5; XLI, 9; Theoph. I, 5, § 4.

49 Ulp. I, 8; II, &.

50 Gai. I, 17 e 44.

51 Ulp. I, 8.

52 Ulp. I, 9. Gai. I. c.

53 Ulp. I, 23.

efeito. Expressamente devia o senhor dizer: *Stichus servus meus liber, heresque esto,* ou *heres, liberque esto*[54].

Justiniano revogou este direito e mandou que logo que o senhor tivesse instituído o escravo seu herdeiro, que devia entender tê-lo também manumitido; de maneira que *heres esto*, ficou equivalendo a *liber et heres esto*[55].

O imperador Constantino instituiu uma nova manumissão, e tal era a *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*. O senhor declarava na presença de sacerdotes cristãos livre aquele escravo que queria manumitir dando-lhe um documento assinado por eles como testemunhas[56].

3. Das Manumissões Para a Latinitas

§ 17. O princípio essencial estabelecido pela *Lex Junia* foi este: *qui voluntate domini in libertate fuerit, liber sit*. Todos aqueles, pois, que o senhor manumitisse *minus solemniter*, isto é, aqueles que ele declarasse expressamente livres, que, porém, não tivesse manumitido segundo as formalidades estabelecidas e de que já tratamos nos §§ antecedentes, eram livres, porém, *latini*.

Para as manumissões menos solenes não tinham os romanos expressão alguma, eles apresentavam, porém, como representativa destas manumissões a mais comum dentre elas, qual era a *manumissio inter amicos*[57]. Esta manumissão consistia em declarar o senhor perante testemunhas ser o seu escravo livre[58]. A palavra *amici* não deve ser tomada aqui como antigamente muitas vezes acontecia pela sua significação estrita, e sim por testemunhas[59]. *Amici* com esta significação é muitas vezes usada pelos romanos[60].

---

54 Gai. II, 186. 187; Ulp. XXII, 7, 12.

55 L. 5. C. de necessarriis servis heredib. instituendis vel subst. (6, 27); pr. I de heredibus instituendis (2, 14).

56 L. 1, 2 pr. C. de his qui in eccles. (1, 13).

57 Gai I, 41, 44.

58 L. um C. de lat. lib. toll. (7, 6).

59 Dirksen, Versuch zur Kritik und Auslegung der Quellen dês röm. Rechts. Leipz. 1823. p. 88 segs.

60 Consulte-se Gai. II, 25.

Como a *manumissio inter amicos* só pudesse ter lugar com relação aos presentes, por isso também se manumitia *per epistolam* àqueles escravos que porventura estivessem ausentes. Dirksen considera estas duas manumissões como o tipo das manumissões menos solenes. Entretanto, não se exigia só declaração expressa do senhor, bastando qualquer ação de sua parte da qual se pudesse concluir ser essa a sua vontade, como, por exemplo, o fato de pôr o senhor à mesa o seu escravo: *manumissio per mensam, s. convivii adhibitione*. Sendo esta manumissão a mais vulgar de todas as que se faziam por esse modo, era ela considerada como a representativa daquelas que lhe fossem análogas[61].

4. Das Manumissões dos Deditícios

§ 18. Ordenou a *Lex Aelia Sentia*, que todo aquele escravo, que tivesse sido marcado com fogo, ou que tivesse combatido com feras, ou sido gladiador, no caso de ser manumitido, que só pudesse pertencer à condição dos *peregrini dediticii*[62]. Chamavam-se peregrinos deditícios os que combateram contra o povo romano, e que com as armas nas mãos, vencidos, se renderam[63]. Tais escravos, por qualquer que fossem as suas idades, embora fossem *pleno jure Dominorum*, não eram nem *cives romanos*, nem *latinos*, e sim por todas as formas *dediticiorum numero*[64].

B – *Outras causas da liberdade além da manumissão*

§ 19. Obter a liberdade também podia o escravo sem mesmo preceder uma manumissão. Quais sejam os casos em que isso acontecia é o que agora vamos expor.

Era livre o escravo, que por velho, ou enfermo tivesse sido abandonado pelo senhor, e isto por um edito do tempo de Cláudio[65]. Pelo *Senatusconsultum Silanianum* era também livre o escravo que descobrisse o

61 Gai. Epit. L. 1 T. 1. § 2.
62 Ulp. I, 11; Gai. I, 13.
63 Gai. I, 14.
64 Gai. I, 15.
65 L. 2. D. qui sine manum. (40, 8).

assassino de seu senhor[66]. O que descobrisse, e denunciasse crimes importantes, e seus autores[67]; assim aquele que denunciasse o rapto de virgem[68]; um moedeiro falso[69]; um desertor[70]. Pela prescrição obtinha o escravo do mesmo modo a liberdade, quando tivesse vivido o *longum tempus* de dez ou vinte anos estando de boa fé; não estando eram-lhe precisos trinta anos[71]. Assim também, por ordem de Marcus e Commodus, o escravo alienado sob condição de ser manumitido, quando a obrigação não fosse satisfeita ficava ele livre[72], sendo, porém, liberto do comprador[73]. No tempo de Trajano pelo *senatusconsultum Articuleianum* mandou-se que o magistrado tomasse conhecimento e fizesse a manumissão no caso da liberdade fideicomissária, quando o herdeiro não fosse da mesma província[74]; ou quando mesmo estivesse ausente *ex justa causa*, sendo nesse caso considerado como manumissor (*Sctum Dasumianum*). Por um *Sctum Vitrasianum* devia o pretor interpor a sua autoridade no caso de ser o herdeiro *infans*, e como tal impedido de empreender o ato da manumissão. – O *Sctum Junianum* prevenia o caso em que o escravo cuja manumissão fora incumbida a outro não pertencesse ao testador[75].

Pelo *jus postlimini*, era livre aquele que voltasse do cativeiro[76].

66 L. 3. § 4. D. de suis et legit. (38, 16); L. 4. D. de bon. Libert. (38, 2); L. 5. D. qui sine manum. (40, 8).

67 L. 2 – 4. C. pro quib. caus. serv. (7, 13).

68 L. 1 § 4. C. Th. De raptu virg. (9, 24).

69 L. 2. C Th. De falsa moneta (9, 21).

70 L. 4 C. Th. De desertor (7, 18).

71 L. 1. 2. 3. C. de longo tempor. praescr. quae pro libert (7, 22); L. 3. 5. C. Th. de liber. causa (4, 8).

72 L. 1. 3. 4. 6 pr.; L. 9 D. qui sine manum (40, 8); L. 15 § 1D. de condict. causa data (12, 4); L. 3, 10 D de serv. export. (18, 7); L. 10. D. de manumiss. (40, 1); L. 2, 6. C. si mancip. (4, 57).

73 L. 3 § 2. D. de legit. tut. (26, 4); L. 8 § 1. D. de jure patron. (37, 14).

74 L. 51 § 7. D. de fideicomm. libert. (40, 5).

75 L. 26 § 7 – 11; L. 27, 28 pr. § 1, 2, 3; L. 33 §1; L. 36 pr.; L. 49. D. de fideicom. libert. (40, 5); L. 30 D. de fideicomm. haered. (40, 5); L. 5. D. de fideicomm. libert (40, 5).

76 L. 4, 5, 14, 16, 19. D. de captiv. (49, 15); § 1 L. de neg. (1, 4).

II. DA CONDIÇÃO DOS LIBERTINOS

A – *Considerada em Si Mesma*

1. Da condição dos Libertini Cives Romani

§ 20. Além dos patrícios e plebeus outros cidadãos romanos havia os quais se diferenciavam daqueles, em não terem o *jus honorum* (*jus magistratus capiendi*) nem o *jus suffragii*; que em suma não eram *optimo jure cives*. Entre estes estavam compreendidos aqueles escravos, que tinham sido manumitidos por cidadão romano, e do mesmo modo seus filhos. Estes tinham a faculdade de votar nos *comitia centuriata*; eram, porém, excluídos da magistratura, e do Senado. No Senado até mesmo não podiam entrar os netos de um libertino; e talvez que o mesmo acontecesse para a magistratura por ser ela porta para o Senado. Na mão dos libertinos achava-se a indústria, e o comércio, tidos em cousa de pouca monta, e por isso interditos a patrícios e plebeus. Os libertinos votavam nos *comitia centuriata*, e muitos dentre eles tinham granjeado riquezas consideráveis, e com elas grande importância nesses comícios, para o que tinham também a vantagem de morarem todos na cidade, não perdendo eles assim reunião alguma, ao passo que o mesmo não era possível a muitos plebeus por morarem fora nas suas quintas. Além disso, seus negócios os chamavam todos juntos às praças, e as ruas, donde veio o nome que se lhes deu depois como partido – *forensis factio*. Como um partido no Estado, e com influência tal, e sempre crescente apareceram eles desde o 5º século trabalhando por obter os direitos de plebeus. Em meados desse século dous homens apareceram e se ligaram; um deles tornou-se o chefe do partido, e foi Cn. Flavius, o outro foi Appius Caecus. Este Appius, da família dos Cláudios, sendo censor, empreendeu pelo ódio que votava ao partido plebeu – molestá-lo e corrompê-lo, admitindo nessa classe membros cuja condição era desprezível; isto fez ele sem pensar que desse modo vinha a fazer mal à classe a que ele mesmo pertencia. Admitiu Appius os libetinos nas tribos, os fez plebeus; espalhou-os por todas as tribos, dando-lhes com isso influência real nos *tributa comitia*, onde só comparecia uma parte dos plebeus. Ainda mais, admitiu no Senado filhos de libertinos. Em suma, Flavius, filho, ou neto de um libertino,

ocupou lugares importantíssimos na magistratura[77]. No ano de 565 uma lei do tribuno Terentius Culleo revogou uma das grandes restrições permitindo que fossem os filhos de libertinos tratados como ingênuos no censo[78]. Desse tempo em diante foi então que principiaram a ser compreendidos na classe dos libertinos somente aqueles que tinham sido escravos[79]. Os libertinos eram excluídos das legiões; podiam, porém, servir na frota[80]. Não tinham *connubium* com ingênuos[81].

No terceiro período eram eles ainda considerados *cives romani, latini* ou *peregrini*. Os primeiros eram aqueles que tinham sido manumitidos por um *civis romanus* segundo todas as formalidades legais, como já tudo fica exposto nos §§ antecedentes. Depois da *Lex Julia* ficaram eles tendo *connubium* com ingênuos exceto, porém, com senadores e filhos destes[82]; continuavam, pois, inibidos de servir nas legiões, de servir cargos de honra, tanto em Roma, como nos municípios, sendo excluídos até mesmo do decurionato. Não raras vezes concedia o príncipe a um libertino o *jus aureorum annulorum*, elevando-o assim à condição de cavalheiro[83]; e finalmente pelo *natalium restitutio* podia o príncipe fazer desaparecer até mesmo toda a nódoa da sua ascendência[84].

No quarto período ainda subsistiu a mesma divisão dos libertinos em *cives, latini* e *dediticii*; e do mesmo modo eram ainda excluídos dos empregos públicos[85]. Por último, foi tudo reformado pelo imperador Justiniano.

77 Liv. Ix, 46.
78 Plutarch. Flamin. 18.
79 Liv. XLV, 15; Sueton. Claud. 24.
80 Liv. XXXVI, 2; XLII 27, 31; XLIII, 12.
81 Liv. XXXIX, 19.
82 Dio Cass. LIV, 16; LVI, 7; L. 23, 44, 49. D. de ritu nupt. (23, 2); L. 9. D. de senator. (1, 9).
83 Dio Cass. XLVIII, 45; LIII, 30; Sueton. Galba 14; Visell. 12; Tacit. hist. I, 13; II, 57.
84 L. 2, 3, 5. D. de bom. libert. (38, 2); L. 2. C. de jure aureor. annul. (6, 8).
85 L. 3. C. Th. de libert. (4, 11); L. 1. C. J. ad leg. Visell. (9, 21); L. 9. C. J. de dignit. (12, 1).

2. Da Condição dos Latini Juniani

§ 21. A *Lex Junia Norbana* regulando a condição daqueles escravos manumitidos menos solenemente mandou que fossem latinos, e deu-lhes o nome de *latini juniani*[86]. Quanto à época em que foi publicada esta lei, não padece dúvida ter sido em 772, conseqüentemente, de ser posterior à *Lex Aelia Sentia* (756).

Tinham os *latini juniani* o *jus commercii*, mas não o *jus connubii*[87]. Não tinham *testamenti factio activa*[88], pelo que não podiam testar, vindo seus bens a caber ao manumissor *jure peculii* por morrerem eles como se fossem escravos. Geralmente se diz não terem os *latini juniani testamenti factio passiva* por determinação especial da *Lex Junia*. Confundia-se, porém, com a *testamenti factio passiva*, a *capacidade* sobre o que só nestes últimos tempos se fez reparo. A determinação da *Lex Junia* só se refere ao *non capere posse*, no que concordam perfeitamente as nossas fontes[89]. Isto procuraremos demonstrar, ainda que sucintamente. Quando os romanos dizem: *mihi cum Titio testamenti factio non est*: querem eles dizer que não podem instituir herdeiro ou lembrar em testamento. Assim, quando alguém que porventura não tenha a *testamenti factio passiva*, tenha sido lembrado, deve ser essa disposição considerada como se não existisse, e pelos princípios estabelecidos não podia ela tornar-se válida ainda quando o lembrado viesse a ter *testamenti factio*. Em suma, a *testamenti factio passiva* deve necessariamente existir já no momento da confecção do testamento, e no da aquisição; porquanto, ainda que venha depois, em nada influía. Muda, entretanto, de figura quando é proibido a alguém o *capere* por testamento de outrem. Neste caso não se pode atender ao momento da confecção do testamento, e sim ao tempo por vir em que se fosse realizar a aquisição, por isso que não era proibido *lembrar*, só era proibido *adquirir*: o que das fontes muito bem se colige. A disposição pela qual tivesse sido lembrado um *latinus junianus* não se tornava nula, como aconteceria

86 Gai. I, 79.
87 Ulp. XIX, 4; Gai I, 56, 57, 67, 68, 70, 75.
88 Gai. I, 23; Ulp. XX, 14.
89 Gai. I, 23; Ulp. XXII, 3; compare-se com Gai. I, 24; II, 110, 275; Ulp. XXV, 7.

se lhe não fosse permitida a *testamenti factio passiva*; portanto, logo que ele viesse a ser *civis romanus* ficava ela tendo validade. Tinham, pois, os *latini juniani, testamenti factio passiva,* só não tinham capacidade, pelo que a disposição em favor deles não devia ser considerada *pro non scripta*, podendo unicamente vir a *caducar*; diferença esta, que fazia a *Lex Julia et Papia Poppaea*. Caducar diz-se em geral de tudo o que tendo sido instituído válido veio depois a tornar-se de nenhum efeito.

Não tinha o latino juniano capacidade para ser tutor testamentário[90]. Quanto aos filhos de um latino, é sabido, que se eles nascessem depois da manumissão eram *ingênuos*, e era esta a vantagem que tinha a latinidade sobre o simples *in libertate* esse por nascerem escravos os filhos dos que se achassem nesta condição, logo que pela *Lex Aelia* não fosse concedida a *causa probatio*. Na condição dos filhos existem as seguintes diferenças: se eram de latinos[91] convinha saber com que mulher tinham sido procriados. Se o latino se tivesse casado com uma *civis romana*, eram os filhos *cives romani*[92], por não ter havido *connubium* entre os pais. Se a mulher fosse latina, eram os filhos pelo menos, logo latinos ingênuos[93]. Esta condição, entretanto, era passageira, por isso que os filhos obtinham depois a *civitas* pela *causae probatio*. Se, porém, fossem os filhos procriados com uma peregrina seguiam a condição da mãe, e eram peregrinos por não se dar *connubium* com sua mãe[94].

Os filhos de uma *latina* eram latinos ingênuos, fossem eles de quem fossem. Se casasse ela com um latino, eram os filhos latinos por seguirem a condição de seu pai; se tivesse casado com um *civis romanus*, eram os filhos latinos, por isso que deviam seguir a mãe[95]. Fazia-se uma exceção em um único caso, e era quando se concedia a um *civis romanus connubium* com uma latina, sendo então os filhos romanos[96].

---

90 Gai. I, 23; Ulp. XI, 16.

91 Entende-se que se fala de filhos de matrimônio, porquanto os *vulgo quaesiti* juridicamente são *sine patre*.

92 Gai. I, 80; Gai. I, 30, 66.

93 Gai, I, 66; Ulp. III, 3.

94 Gai. I, 81.

95 Ulp. V, 9. compare-se com Gai. I, 67.

96 Gai. I, 57.

Adquiria uma latinus junianus a *civitas romana* da maneira seguinte:

Iteratione. Isto é quando depois se cumpriam todas as formalidades das manumissões solenes; o que só podia partir daquele, que sobre o *latinus* tivesse o *jus quiritium*[97].

Pela *anniculi causa probatio* da *Lex Aelia Sentia*. Aquele escravo que por falta de idade legal, isto é, que não tivesse os trinta anos completos, pelo que não obtinha a *civitas* pela manumissão, se casasse com uma *civis*, ou uma latina colonária, ou mesmo com uma mulher que pertencesse à sua condição e manifestasse perante sete testemunhas, as quais deviam todas ser *cives romanas*, terem sido suas vistas contrair matrimônio válido, e com a fórmula *liberorum quaendorum causa*; quando desse matrimônio tivesse tido um filho, e este completasse um ano de idade (*anniculus*) podia ele então apresentar-se ao pretor ou ao presidente da província, expor-lhe o fato (*causam probare*) e alcançava a *civitas* com a declaração do magistrado de ser o fato; e não só ele, como também sua mulher e o filho[98]. Estendeu-se depois esta determinação da Lex Aelia Sentia por um Sct. Do tempo dos cônsules Pegasus e Pusio no reinado de Vespasiano a todos aqueles casos em que o manumitido só tivesse obtido a latinitas[99]. Entretanto, permaneceu sempre o princípio de que este modo de obter a *civitas* só cabia a um *latinus*; podendo uma *latina* só obtê-la se porventura tivesse por marido um *latinus junianus*[100]. Admira que isto não fosse notado por jurisconsultos modernos.

Erroris causa probatio. Antes da descoberta do MS. de Gaius, não se conhecia esta instituição, senão por uma passagem mito incompleta e truncada de Ulpiano[101]. Hoje dá-nos, porém, Gaius, notícias exatas[102]. Quando um *civis romanus* tivesse casado por engano com uma latina, peregrina, ou deditícia, julgando-a *civis romana*, os filhos havidos desse ma-

97 Ulp. III, 4.
98 Gai. I, 29.
99 Gai, I, 31.
100 Gai. I, 61, 68, 69, 70.
101 Ulp. VII, 4.
102 Gai. I, 67 e seg.

trimônio não podiam cair no poder do pai, por isso que nem ao menos obtinham eles a *civitas*, "*sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex tempore incipit filius in potestate esse.*" O que sofria, porém, uma exceção com relação à mulher quando era ela uma dediticia, por não poder esta jamais obter a *civitas romana*[103]. O mesmo tinha lugar quando uma *civis romana* casasse com um peregrino ou deditício julgando-o romano, ou latino, dado que neste último caso tivesse ela observado as formalidades da *Lex Aelia Sentia*. Se tivesse tomado por marido a um deditício, tinha lugar a mesma exceção, o que se depreende facilmente por não poder este obter a *civitas* e, por conseguinte, *patria potestas*[104]. O mesmo tinha ainda lugar, quando uma latina tivesse casado com um peregrino julgando ser ele latino[105]. Do mesmo modo também, se um *latino* tivesse casado com uma romana, observadas as formalidades da Lex Aelia[106]. Além destes casos, também quando um *civis romanus* julgando-se a si próprio latino tivesse casado com uma latina; ou julgando-se peregrino tivesse casado com uma peregrina[107]. Por Gaius, sabemos nós, que a *erroris probatio* não foi introduzida pela *Lex Aelia Sentia*, e sim por um *Scto*.; assim como só por ele[108] temos notícias exatas sobre a origem da *erroris causae probatio* com já dissemos. Quanto à época em que apareceu o senatusconsulto só podemos julgar, que foi posterior à publicação da *Lex Aelia*, e anterior ao tempo de Adriano[109]. Quanto à hipótese de *Gaius*[110], de que seja ele o *Sct. Pegasianum* para isso não se baseia ele em fundamento algum. O matrimônio devia ter sido contraído, assim como devia um dos esposos estar em erro sobre a condição do outro[111]. Deste casamento devia ter nascido uma

102 Gai. I, 67.
103 Gai. I, 68.
104 Gai. I, 69.
105 Gai. I, 70.
106 Gai. I, 71.
107 Gai. I, 72.
108 Gai. I, 67 e segs., II, 142.
109 Gai. I, 73; II, 143.
110 Gans, Scholien p. 125.
111 Ulp. VII, 4.

criança, não importa que sexo[112]. Se a criança devia ter ou não um ano é duvidoso; entretanto, que assim se tornava necessário em certos casos, pelo menos é o que se pode depreender das palavras de Gaius[113]. Só nos casos acima mencionados, concedia o Senado a *erroris probatio*, e por ela obtinham a *civitas romana*, tanto o marido, como a mulher e os filhos.

Militia. Por uma Lex Visillia que geralmente se diz do ano 777, aquele *latinus*, que servisse nas cortes, *milites vigiles*, seis anos em Roma, tornava-se *civis*. O que foi depois reduzido a três anos por um senatusconsulto[114].

Nave. Por um edito do tempo de Cláudio, tornava-se romano o latino que tivesse construído um navio de 10,000 *modii*, nele tivesse carregado trigo para Roma por espaço de seis anos[115].

Aedificio. O latino que tivesse aplicado certa parte de seus bens (quanto não sabemos) para edificar em Roma[116].

Pistrino. Mais do que esta palavra não conhecemos, e só sabemos que *pistrino* obtinha o latino a *civitas*[117]. Talvez que por ela se deva entender o fato de estabelecer uma padaria.

3. Da condição dos Deditícii

§ 22. Da *dediticia libertas* resultou uma classe especial de peregrinos; sendo a diferença mais com relação ao direito público do que ao privado: assim aos manumitidos que estavam no caso da *Lex Aelia Sentia*, e que por isso eram *dediticiorum numero*, não podia ser feita aplicação de direito algum próprio; porquanto, *is qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest cum sit peregrinus, nec quase peregrinus quoniam nullius certa civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur*[118].

Os escravos que tivesses cometido crimes, sendo manumitidos por um cidadão romano, não obtinham senão a *dediticia libertas*;

112 Gai. I, 72.
113 Gai. I, 73.
114 Ulp. III, 5.
115 Ulp. III, 6; Gai. I, 33.
116 Ulp. III, 1; Gai. I, 33.
117 Ulp. III, 1.
118 Ulp. XX, 14.

e mais ainda, não podiam de modo algum obter a *civitas*; e se fossem agarrados em Roma ou perto de Roma (*intra centesimum miliarium*) eram vendidos pelo Estado como escravos, e não podiam ser outra vez manumitido; e caso o fossem, tornavam-se então escravos do povo romano[119].

Justiniano só fala em tudo isto como já tendo caído completamente em desuso[120].

4. Dos *Statu Liberi*

§ 23. *Statu liber est qui statutum et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet*[121]. Entende-se, pois, por *statu liber* aquele escravo designado livre, mas que ainda para sê-lo dependia isso de um acontecimento futuro; isto é, que tinha sido manumitido com uma condição ou *modus*[122]. No tempo das três manumissões solenes só podia ter isso lugar pela *manumissio testamento*[123] e de duas maneiras: já por condição expressa, já por condição tácita[124]. O *statu liber* enquanto não se realizasse a condição, era escravo do herdeiro[125], e como tal considerado com relação ao serviço[126], à alienação[127], à hipoteca[128], e noxae deditio[129], porém, tendo-se sempre atenção com a condição pendente. As aquisições feitas nesse tempo cabiam ao senhor quando não tivesse sido legado com a liberdade o pecúlio conjuntamente; porque neste caso cabiam as aquisições então ao pecúlio[130]. Um tal

119 Gai. I, 13 – 15; Ulp. I, 11; Gai. I, 25 – 27; Paul. IV, 12, 3 – 8.
120 Cod. VII, 5 de dediticia libertate tollenda.
121 L. 1 pr. D. de statuliberis (40, 7).
122 Madai, die Statuliberi.
123 Ulp. II, 1; Gai. II, 200; Festus V. statuliber.
124 L. 1 pr. § 1. D. de statuliber (40, 7); L. 12 § 7; L. 13 D. qui et a quib. (40, 9).
125 Gai. II, 200; Ulp. II, 2; L. 9 pr. de statuliber. (40, 7).
126 L. 3 § 8. D. de statuliber. (40, 7).
127 Ulp. II, 3; L. 6 § 3; L. 25 D. de statuliber. (40, 7).
128 L. 13 § 1, D. de pignor. (20, 1).
129 L. 9 pr. § 2; D. de statuliber. (40, 7); L. 14 § 1; L. 15. D. de nox. act. (9, 4).
130 L. 28 § 1. D statulib. (46, 7).

escravo não perdia esse direito à liberdade[131], ainda mesmo quando tivesse sido reduzido à escravidão inimiga, obtendo-o outra vez logo que voltava[132].

Quando se verificasse a condição, era ele livre, como se obtivesse sido diretamente pelo testador[133]; o que tinha lugar ainda quando mesmo se tivesse tornado impossível ao herdeiro satisfazer a condição[134]. Se o herdeiro quisesse manumitir o escravo antes de se ter verificado a condição, não lhe era vedado, e obtinha sobre ele provisoriamente o direito de patrono; porém, só podia fazer *latinus*[135]; e só era ele *civis* quando se realizasse a condição, e então liberto do manumissor[136].

Se a manumissão condicional fosse fideicomissária, eram-lhe aplicáveis estes mesmos princípios analogamente[137]; o liberto, porém, era sempre liberto do herdeiro.

B – *Direitos do Patrono*

§ 24. Com a manumissão não acabavam certas relações entre o manumitido, e o manumissor, conservando ainda este, com o nome de *patronus*, muitos direitos importantes, *jura patronatus*, com relação àquele, e a seus bens, além dos deveres, e obrigações que lhe eram devidas. O liberto pelo benefício, que tinha recebido de seu senhor concedendo-lhe a liberdade, devia considerá-lo como pai, e como seu protetor[138]; tomava o seu nome[139]; e permanecia intimamente ligado à casa[140]. O patronato no seu

131 Ulp. II, 3; L. 6. D. si ex noxali causa (2, 9).
132 L. 12 § 10 D. de captiv. (49, 15).
133 L. 23 § 1. D. de manum. testam. (40, 4); L. 3 § 1. D de statulib. (40, 7).
134 Ulp. II, 5; Festus V. statuliber; L. 3 § 1, 7. 16. D. de statulib. (40, 7).
135 L. un. § 7. C de latina libert. (7, 6).
136 L. 2 pr. D de statulib. (40, 7); L. un § 7. C de latina libert (7, 6).
137 L. 21. 51 § 3. D de fideicomm. libert. (49, 15).
138 L. 9. D de obseq. (37, 15).
139 L. 77 § 15; L. 88 § 6. D. de legat. II. (31); L. 94. D. de legat. II (32); L. 108 D. de cond. (35, 1).
140 Cic. ad famil. XIII, 23.
141 Ulp. XXIX, 1; Gai. III, 40; Vatic. fragm. § 303.

todo tem estampado o cunho de costumes antiqüíssimos, e que por leis[141], pelo edito pretório[142], e pela jurisprudência[143] foi regulado, e interpretado. Com relação aos patrícios o patronato formava uma parte da antiga clientela, não sendo só o liberto que ficava ligado à família do senhor, e à sua *gens*, forem também seus descendentes e libertos. Contudo, não é certo que já então houvesse um patronato plebeu sobre os libertos. Depois da Lei das XII Tábuas tendo desaparecido a diferença, que havia entre patrícios, e plebeus, podia até mesmo um liberto vir a ser patrono de seus libertos[144].

Tinha o liberto, obrigação de se mostrar oficioso e respeitoso em todos os tempos para com seu patrono – *obsequium et reverentiam praestare debet*[145]. Para manutenção deste direito tinha o patrono já nos tempos mais antigos poder disciplinar sobre o liberto[146]; depois ficou-lhe poder para desterrá-lo para fora da cidade[147]; e por direito posterior até mesmo podia reduzi-lo outra vez à escravidão sendo o liberto ingrato[148]. O dever de gratidão e piedade estendia-se por um lado aos filhos do manumitido[149]; por outro lado, passava também essa obrigação para os filhos[150], e herdeiros[151] do patrono.

O liberto só com licença do pretor é que podia chamar a juízo o patrono, seus filhos e seus pais[152]; com uma ação infamante só em casos gravíssimos podia fazê-lo[153]; e nunca acusá-lo[154]. Tinha também o liberto,

---

142 L. 7 § 4. D. de obseq. (37, 15).
143 Ulp. XI, 3; L. 3 pr. D. de legit. tut. (26, 4).
144 L. 5 § 22. D. de agnoscendis et alend. liberis. (25, 3).
145 L. 9 § 3. D. de off. procons. (1, 16); L. 4 § 16. D. de doli mali exceto (41, 4).
146 Valer. Max. VI, 1, 4.
147 Tacit., ann. XIII, 26.
148 Vid. o § 8.
149 L. 3. C. Th. de libert. (4, 11); L. 4. C. de libert. (6, 7).
150 L. 5 § 20. D. de agnose. liberis. (25, 3); L. 1 § 10. D. de off. praef. urb. (1, 22); L. 9 § 3. D. de offic. procons. (1, 16); L. 1. D. de jure patron. (39, 14).
151 L. 2. 3. C. Th de libert. (4, 11); l.3. C. de libert. (6, 7).
152 Gai. IV, 66, 183, 187; L. 4 § 1; L. 10 § 5 – 9; L. 24, 25. D. in jus voc. (2, 4).
153 L. 10 § 12. D. de in jus voc. (2, 4); L. 2. 5 § 2; L. 6, 7, pr. D. de obseq. (37, 15); L. 2, C. de in jus voc. (2, 2); L. 2. C. qui et advers. quos in integr. restit. (2, 42).
154 L. 8. D. de accusat. (48, 2); L. 21. C de accus. (9, 1); L. 2 C. Th. de libert. (4, 11); L. 4. C. Th. ne praeter crimen majest. (9, 6).

obrigação em caso de necessidade de alimentar o patrono, seus filhos, e seus pais[155]; e do mesmo modo de servi-lo em outras ocasiões; já administrando seus bens, já encarregando-se da tutela de seus filhos quando para isso fosse chamado[156].

Estes direitos todos tinham os filhos do patrono como membros naturais da casa, não como herdeiros, razão por que lhe cabiam sempre ainda quando mesmo tivessem renunciado à herança, ou tivessem sido deserdados[157]. Por um senatusconsulto do tempo de Cláudio permitia-se ao liberto por uma *assignatio liberti*, não caber o patronato a todos os filhos comumente, e sim a um, ou a alguns[158]; e por uma tal *assignatio* podiam até mesmo os netos obter o patronato[159]; quando, porém, havia muitos manumissores, estendia-se a *assignatio* àqueles que a tinham empreendido[160].

Além destes direitos que por lei pertenciam ao patrono, podia este ainda fazer com que no momento da manumissão lhe fossem prometidos certos direitos; nisto estava compreendida a reserva de certos presentes[161], e serviços (*dona et munera*). Os serviços ou eram *opera officiales*, e deviam ser prestados sempre que o patrono os exigisse[162]; ou *operae fabriles*[163]; e neste caso para que fossem obrigatórios devia a promessa ser feita pelo modo de uma *stipulatio*[164], ou por um juramento[165]. Se a promessa fosse feita com relação aos filhos, tinham estes direito ao seu cumprimento, ain-

---

155 Dosith. Hadriani sentent. 8; Paul. Sen. rec. II, 32; L. 5 § 18 – 21, 24, 25, 26. D. de agnose. Liberis. (25, 3); L. 24. D. de jure. Patron. (37, 14).

156 Dionys. XI, 36; L. 19. D. de jure patron. (37, 14); Vatic. fragm. § 221.

157 L. 9. D. de jure patron. (37, 14); Gai. III, 58.

158 L. 1. D. de assign. lib. (38, 4); pr § 1 – 3. I. cod. (3, 8).

159 L. 3 § 1. 2. D. cod.

160 L. 2. 3. pr. D. cod.

161 L. 7. § 3. L. 47. D. de oper. libert. (38, 1); L. 53, 194, 214. D. de verb. sign. (50, 16).

162 L. 1. 3. 13 § 2; L. 15 pr.; L. 16 § 1; L. 17, 22. pr.; L. 23 § 1; L. 26 pr.; L. 38. D. de operis libert. (38, 1).

163 L. 26 § 12. D. de cond. indeb. (12, 6); L. 7 § 5; L. 16, 23 pr.; L. 24. D. de oper. libert. (38, 1).

164 L. 3 pr.; L. 5, 37 pr. D. oper. libert. (38, 1).

165 Gai. ep. II, 9 § 4; L. 7 pr. § 2 D. de oper. libert. (38, 1); L. 44 pr. D. de liber. causa (40, 12).

da mesmo quando não herdassem do patrono[166]. Sem promessa expressa às *operae officiales*, acabavam elas com a pessoa do patrono; os outros serviços, porém, passavam para seus herdeiros[167], e para seus filhos[168]. Estipular dinheiro em vez de serviços da parte do liberto já desde a *Lex Aelia Sentia* que era proibido sob pena de perda do patronato[169]. Presentes e serviços eram tudo, pois o que se podia exigir do liberto pela liberdade que se lhe tinha concedido. Havia para isso, porém, uma restrição, qual era não poder o patrono receber esses presentes, e estipular tais serviços sem perder o seu direito à herança do liberto. Quando o patrono exigia do liberto *dona et munera*[170], ou quando as tivesse vendido ao liberto[171] equivalia isso a renunciar ele à herança do liberto. Outra restrição fazia também a *Lex Junia et Papia Poppaea* concedendo que o liberto que tivesse dous filhos em seu poder se considerasse isento da obrigação de prestar tais serviços e presentes[172].

O patronato ia perdido para o patrono quando ele não alimentasse o seu liberto necessitado[173]; quando movesse contra ele uma ação capital[174]; e pela *Lex Aelia Sentia* quando o obrigasse a dar juramento de se não casar[175]. Do mesmo modo quando o patrono por pena fosse deportado[176], e quando o liberto com permissão do patrono casasse com uma colonária[177].

---

166 L. 4. 5. 22 § 1.; L. 29. D. de oper. libert. (38, 1).
167 L. 6. 9. D. de oper. libert. (38, 1).
168 L. 7 § 6 – 9; L. 22 § 22 § 1. D. eodem.
169 L. 32 § 1. 2. D. qui et a quib. (40, 9); L. 5 § 22. D. de agnose. liber. (25, 3); L. 6 § 1. D. de jure patron. (37, 14); L. 6 pr. C. de oper. libert. (6, 3).
170 L. 20. D. de jure patron. (37, 14); L. 32. D. de oper. libert. (38, 1); L. 2. C. de bom poss. contr. tabul. libert. (6, 13).
171 L. 37 pr. D. de bon. libert. (38, 2); L. 4. C. de oper. libert. (6, 3).
172 L. 37 pr. D. de oper. lib. (38, 1).
173 L. 5 § 1. D. de jure patron. (37, 14); L. 6 pr. D. de agnose. liber. (25, 3); L. 33. D. de bon. libert. (38, 2).
174 L. 9 § 1; L. 10, 11, 17. D. de jure patron. (37, 14); L. 10 § 11. D. de in jus voc. (2, 4); L. 5 § 23 D. de agnose. libert. (25, 3); L. 14 pr. D. de bom. libert. (38, 2).
175 L. 6. 15. D. de jure patron. (37, 14); L. 3 § 5. D. de suis (38, 16); L. 24 D. de bon. libert. (38, 2); L. 31, 32 pr. D. qui et a quib. (40, 9).
176 L. 10 § 6. D. de in jus voc. (2, 4).
177 L. 2. C. de bon. libert. (6, 4).

Justiniano concedeu mesmo que o manumissor pudesse por uma declaração desligar o seu liberto do patronato, e com isso ficava ele isento de tudo menos do respeito devido[178] ao patrono. Finalmente o patronato ia também perdido por um privilégio, e tal é o *natalium restitutio*, o qual, porém, para ser concedido, precisava que isso anuísse o patrono[179].

Havia também um patronato sobre os filhos emancipados[180], e por direito mais antigo sobre *uxores in manu*, quando separadas do marido[181]; este patronato, porém, que só podia caber ao pai, ou marido, não passava aos filhos[182].

Sobre os filhos e esposas manumetidas *ex mancipio* também havia um patronato, sendo chamado o patrono, quando não era o pai o manumissor, ou o marido, *extraneus manumissor*[183].

III. REFORMAS FEITAS POR JUSTINIANO COM RELAÇÃO AOS LIBERTOS

§ 25. Justiniano revogou as três diferentes classes de libertinos e determinou que todo escravo manumitido fosse *civis*. Mandou que da *dediticia libertas* se não tomasse mais conhecimento por ter já caído em completo desuso[184]. A *latinitas* permaneceu até o seu tempo. A reforma principiou-a ele pelo *nudum jus Quirintium*, que extinguiu[185]. Depois das constituições acerca dos domínios seguiu-se uma que especialmente tocou na *latinitas* mandando que o fato de não ter ainda o manumitido trinta anos de idade, não fosse motivo para que deixasse de alcançar a *civitas*[186]; ficando deste modo como causa única para a latinidade uma manumissão menos solene. Não julgou, porém, Justiniano, ter feito com isso tudo, e

---

178 L. 3. C. de bon. lib. (6, 4).
179 L. 2-5 D. de natal. rest. (40, 11).
180 Tit. D. si a parente quis man. sit. (37, 12).
181 Gell. X, 23.
182 L. 1 § 5. C. si a par. quis man. sit. (37, 12); § un. I. de fidue. tut. (1, 19).
183 Gai. I, 144, 115; § 3. I. de bon. poss. (3, 9).
184 L. un C. de dedit. libert. toll. (7, 5).
185 L. un. C. de nudo jure quirit. (7, 25).
186 L. 2. C. communia de manum. (7, 15).

como já tivesse extinguido a condição dos dediticios, quis também acabar com a dos latinos. Dos muitos casos que havia e pelos quais o escravo manumitido só obtinha a latinidade, reservou Justiniano alguns, e lhes concedeu a *civitas*; negando toda e qualquer validade aos demais outros[187].

Justiniano ordenando que todo e qualquer homem livre no império fosse tratado como *civis*, fez aparecer a diferença entre romanos e *barbari*[188].

187 L. un. G. de latina liberdade toll. (7,6).

188 Consulte-se a Nov. 75. c. 1. 2. 5.

. . . .

Apêndice ao Capítulo I

DOS COLONOS ROMANOS

§ 26. ERA COLONO AQUELE HOMEM, que a um terreno estava ligado, e que por amor à cultura era dele inseparável. Os *coloniais. agricololae, rustici, inquilini, glebae inhaerentes, adscripticii, censiti, triburatii, originarii*, eram pessoas livres; pelo que podiam contrair matrimônio[1]. Pela dependência, porém, em que estavam da terra, lhes tornaram aplicáveis muitas regras de direito, que também o era a escravos. Assim sobre eles, tinha o dono do terreno um poder[2]; tinha direito de castigá-los[3]; na regra podiam eles demandá-lo em juízo[4]; os colonos fugidos eram perseguidos como os escravos o eram quando também fugidos[5]; e quando mesmo o dono do terreno tivesse separadamente vendido um colono, tinha direito à reivindicá-

---

1 L. 24 C. de agricol. (11, 47); Nov. Valent. tit. XXX de colonis vagis c. 1 §2. 3.
2 L. 21. C. de agric. (11, 47).
3 L. 24. C. de agric. eod.; L. 52, 54. C. Th. de haeret. (16, 5).
4 L. 2. C. in quib. caus. colon. (11, 49).
5 L. 1. 2. C. Th. de colon. fugit. (5, 9); L. 6. 12. 23 pr. § 2. C. de colon. Illyr. (11, 52); L. 2. C. de fugit. colon. (11, 63).

lo[6]. Aquilo, porém, que o colono economizasse ou adquirisse, era propriedade sua; só não podia alienar se eram terrenos, do mesmo modo que não podiam alienar qualquer do terreno que lhe tivesse sido dado para cultura[7]. Os bens que o colono possuía chamavam-se – o seu pecúlio[8]. Na intima ligação do colono com um terreno certo não estava só a sua aproximação à condição do escravo, esta constituía também a diferença entre ambos, e era uma garantia para o colono, e assim o subtraía às disposições arbitrárias do senhor. O colono estava para com o dono do terreno como uma pessoa obrigada pelo cânon anual, *annua functio*, pelo qual era responsável, e que geralmente satisfazia em frutos[9]. Por este modo olhava-se como uma espécie de alforria o fazer o senhor ao seu escravo colono; e é de onde vem o nome de *patronus* ao dono do terreno.

Escravos podiam vir a ser colonos por vontade de seus senhores[10]. Pessoas livres podiam vir a sê-lo por um pacto, que, porém, não era suficiente, sendo ainda necessária a confirmação judicial[11]. Do mesmo modo por prescrição, logo que se tivesse vivido trinta anos como colonos[12]. A verdadeira origem do colonato é a procriação de pais colonos, donde lhes vem o nome de *originarii*. De matrimônio entre colonos e pessoas não livres seguiam os filhos à mãe[13]. Os filhos de pessoa livre com uma colona seguiam também à mãe[14]. Com relação aos filhos de pessoa livre com um colono, havia leis contraditórias[15]. Os filhos de um camponês livre com uma colona do fisco, ou vice-versa eram sempre colonos do fisco[16].

6 L. 7. C. de agric. (11, 47).
7 L. 1. C. Th. de colon. (5, 11); L. 2. C. in quib. caus. coloni. (11, 49).
8 L. 1. C. Th. de inquilin. (5, 10); L. 18. 23 § 2. C. de agricol. (11, 47); L. 2. C. in quib. caus. colon. (11, 49).
9 L. 5. 20 § 2. C. de agricol. (11, 47).
10 L. 7. C. de agricol. (11, 47).
11 L. 22 pr. C. de agricol. (11, 47).
12 L. 18. C. de agricol. (11, 47).
13 L. 21 C. de agricol. (11, 47).
14 L. 1. C. Th. de inquilin. 5, 10; L. 16. 21. 24. C. de agricol. (11, 47).
15 Nov. 54 pr. c. 1.; L. 24. C de agricol. (11, 47). Nov. 162. c. const. Just. de adscript. et colon. a. 540.
16 L. 1. C. de proed. Tamiae. (11, 68).

A origem do colonato foi esta. Desde tempos muito remotos distinguiam-se os escravos destinados para o serviço urbano daqueles que se empregavam no cultivo dos campos. A *familia rustica* estava de fato, sobre certos respeitos, melhor partilhada; e estes escravos estando com suas famílias de alguma sorte vantajosamente ao terreno sempre que o senhor tinha tino, eram considerados como acessórios, e dele não eram separados senão em caso de necessidade. Estavam eles, portanto na mesma condição de fato, que depois vieram a ficar os colonos de direito. Mudar, pois essa condição, que só de fato existia por uma de direito, e fazer ao mesmo tempo aparecer o zelo, e o interesse desses braços não livres, conciliado com uma renda garantida para o senhor, não podia deixar de interessar os senhores de terras, principalmente os mais abastados. Pelo que o legislador permitiu que fossem os escravos assim manumitidos ficando dependentes da terra, em uma palavra – colonos. Quando isso teve lugar não o sabemos. Não faltaram, para logo, pessoas livres, que pertencendo às classes miseráveis procurassem sua subsistência nessa condição. Daqui resultou a cultura das terras, que pelos tributos tinham sido abandonadas pelos proprietários; daqui também resultou poder-se aumentar os impostos; e daí o zelo com que desde Constantino se olhou para esta instituição; e até mesmo por lei foi determinado que, quem denunciasse um mendigo que estivesse ainda em estado de trabalhar, pudesse fazê-lo colono[17].

17 L. un. C. de mendic. valid. (11, 25).

. . . .

Capítulo II

HOMINES SUI, ET ALIENI JURIS

INTRODUÇÃO

§ 27. ALÉM DA ESCRAVIDÃO de que tratamos no capítulo primeiro resta-nos ainda examinar quais sejam os poderes (*potestas*) que sobre pessoas livres existiam por direito romano, e tais são: a *patria potestas*, *manus*, e *mancipium*.

A família no civil compreendia poderes a que estavam sujeitas certas pessoas. Compunha-se ela de membros que não estavam sujeitos a algum destes poderes, e tal era o *paterfamilias*, e de outros que estavam sujeitos à *patria potestas*, e eram estes os *filii et filiae famílias*; e assim também, com relação aos maridos, *as uxores in manu maritii*, que eram como se fossem filhas. Estas eram as pessoas que constituíam a *agnatio*. *Agnatio* era a união em que existiam diferentes pessoas pela *patria potestas*, ou pela manus, e em cujo poder estariam conjuntamente reunidas se ainda vivesse o chefe da família.

Todos estes poderes (*pátria e domin.*), *potestas manus*, e *mancipium* estavam compreendidos na palavra *jus. Jus* no sentido técnico do termo é, segundo V. Vangerow, domínio privado sobre a vontade. Embora uma pessoa fosse livre podia, entretanto, ter a sua vontade sujeita ao domínio privado de outrem, e era então *alieni juris;* daí provém não poder

realizar seus fins, e sim os daquele em cujo poder se achava; e do mesmo modo, com relação a bens, tudo adquiria não para si, e sim para aquele a cujo poder estava sujeito. São *sui juris*, os que não são *alieni juris.*

Assim como havia uma *dominica potestas*, do mesmo modo se instituiu o *mancipium*, que nada mais era do que uma imitação da *potestas dominica*. A *conventio in manu mariti* não era senão uma imitação da *patria potestas*; *a uxor in manu era filiae in loco*. Não podia um filhofamílias ter *uxor in manu*, por isso que estando ainda debaixo do pátrio poder a *uxor in manu* não estava *filiae in loco*, e sim *nepotis in loco*; porquanto não tem outro em seu poder quem ainda está no poder de outrem.

Mesmo no tempo daqueles jurisconsultos que destas matérias trataram, já de há muito tinham a *manus* e *mancipium* perdido a sua importância.

Nos últimos tempos só se conhecia a *dominica* e a *patria potestas*; e Justiniano a estas mesmo fez modificações com relação ao seu caráter primitivo.

. . . .

Título I

PATRIA POTESTAS

§ I. CARÁTER DO PÁTRIO PODER EM GERAL

28. CABIA A *patria potestas* a um pater-famílias sobre todos os seus descendentes, enquanto vivo fosse; e nos tempos primitivos dava ela um *jus vitae et necis* sobre os filhos; e é daí que vem a definição que algumas vezes se lhe dá de *jus vitae et necis in liberos*[1].

A *patria potestas* era de direito natural quanto à proteção natural, à criação, assim como vemos nas feras com relação a seus filhos[2]. O direito romano, porém, não limitava a sua duração tão-somente à necessidade da criação dos filhos; e todos os direitos se achavam na mão do avô com exclusão não só da mãe, como também do pai, quando o avô ainda vivia[3]. Não tinha o paterfamílias sobre o filho um direito de propriedade, por isso

---

1 Gai. I, 55, 56, 67, 80; Ulp. V, 1.; § 3. I. de petr. pot. (1, 9); L. 19 D. de statut. hom. D. (1, 5); L. 3. D. de his qui sui (1, 6); L. 18 § 1. D. de judic. (5, 1); L. 4. § 2; L. 10 § 1 – 3. D. de grad. et off. (38, 10); Cic. pro domo c. 29; L. 10. C. de patr. pot. (8, 47).

2 L. 1 § 3. D. de J. et J. (1, 1).

3 § 3. I. de patr. pot. (1, 9); L. 3. D. de his qui sui (1, 6).

que este não era uma cousa[4], e nem a *patria potestas* era mais do que uma espécie de magistratura; que não podia ser herdada nem alienada. Além do direito que tinha o pai a todas as aquisições do filho, também tinha o direito de castigá-lo, e até mesmo de lhe dar a morte; podia aliená-lo, tinha o direito da *noxae datio*; podia alugá-lo; nomear-lhe quando

II. ORIGEM DA *PATRIA POTESTAS*

A – *Sobre os filhos*

§ 29. A origem mais comum da *patria potestas* é o matrimônio – *justa nuptia*: do matrimônio é que resulta a certeza, ou pelo menos a necessária presunção de que todos os filhos havidos em matrimônio têm por pai o marido « *pater est quem nuptia demonstrant* »[5]. Este princípio se entende com qualquer matrimônio, mesmo com relação ao natural[6]. Fora do matrimônio pode provar-se a descendência de uma criança com relação à sua mãe; porém, não ao pai. Filhos naturais, por conseguinte, não têm juridicamente um pai, e assim também aqueles que nasceram de matrimônio, embora contraído, porém, positivamente proibido pelo direito civil, não o têm.[7] Um homem juridicamente só pode ter filhos quando foram estes procriados com sua esposa.

Pelo princípio de que o pai tinha *potestas* sobre todos os seus descendentes agnados, estendia-se ela, por conseguinte, não só sobre os próprios filhos como também sobre os netos, bisnetos e etc[8]. Para ter o pai *patria potestas* sobre os filhos, necessário era que tivesse contraído matrimônio segundo o *jus civile*; mas só cidadãos romanos tinham o *jus connubii*, isto é, faculdade de contrair matrimônio, que como tal fosse reconhecido pelo *jus civile*, e assim revestido de sua validade[9]. Se os pais

4 Paul. sent. rec. V, 1 § 1.; L. 5. D. quae res pign. (20, 3); L. 1. C. de patrib. qui fil. (4, 43); L. 1. § 2 D. de rei vind. (6, 1).
5 L. 5. D. de in jus voc. (2, 4); L. 6. D. de his qui sui (1, 6).
6 Ulp. VII, 4; Gai. I, 68.
7 Gai. I, 64; Ulp. V, 7; L. 23. D. de statu hom. (1, 5); § 12. I. de nupt. (1, 10).
8 Gai. I, 55; Ulp. V, 1; § 1, 3. I. de patr. potest. (1, 9).
9 Ulp V, 3.

depois de gerado o filho obtivessem a *civitas*, pelo que se tornaria o matrimônio de direito civil, ainda não obtinham, porém, a *patria potestas* sem que dela lhe fosse feita concessão especial[10]. Este princípio sofria uma exceção, e era a favor dos latinos quando obtinham a *civitas*[11]. A *patria potestas* era um direito só próprio de cidadãos romanos; pelo que tanto o pai como o filho deviam ser cidadãos romanos[12]. O matrimônio devia ser válido[13]; bastava, porém, que fosse válido no momento da procriação, embora depois se tornasse nulo[14]. Contudo, a falta de casamento válido podia ser reparada em muitos casos, e vir a estabelecer-se a *patria potestas* depois: assim era quando[15] tinha lugar um casamento não valioso, ou em parte não valioso, logo que viesse a convalescer, quer fosse por um privilégio, quer de qualquer outro modo[16], o que entre os romanos tinha lugar pela *causa probatio*[17]; e do mesmo modo quando esposos não romanos tivessem alcançado a *civitas*[18]; o que, porém, Adriano restringiu, como já dissemos, mandando que um peregrino com a *civitas* pedisse a *patria potestas*, e que esta só lhe fosse concedida especialmente[19].

Os filhos naturais no sentido romano também podiam ser reconhecidos, e obterem os mesmos direitos que teriam se tivessem nascido de matrimônio justo, o que tinha lugar pela legitimação. Eram aplicáveis aos filhos de concubina três formas de legitimação por direito romano: *legitimatio per subsequens matrimonium, per rescriptum principis, e per curiae dationem*.

Parece ter sido Constantino o primeiro que ordenara que pelo casamento com a concubina fossem os seus filhos considerados como tives-

10 Plin. Epist. X, 6; Gai. I, 93, 94; III, 20.
11 Gai. I, 95.
12 Gai. I, 67, 87, 128; Ulp. X, 3.
13 Gai. I, 55-57; pr. I. de patr. pot. (1, 9).
14 Gai. I, 90, 91; Ulp. V, 10; pr. § 1. D. de inspic. ventre (25, 4).
15 Gai. I, 65; § 13. I. de nupt. (1, 10).
16 L. 46. D. de adopt. (1, 7); L. 57 § 1. D. de ritu nupt. (23, 2); L. 68. D. de jure dot. (23, 3); L. 25. C. de donat. inter V. et U. (5, 16).
17 Gai. I, 65-80; II, 5.
18 Gai. I, 92, 95, 96.
19 Gai. I, 93, 94.

sem nascido de matrimônio, contanto que a concubina fosse pessoa livre. A esta legitimação chamou-se *legitimatio per subsequens matrimonium*[20]. O imperador Zeno ordenou que pudesse ter lugar esta legitimação quando não existissem filhos legítimos; o que foi repetido por Anastasius[21]. Justiniano finalmente mandou que não tivessem os filhos que nascessem depois do matrimônio mais direitos do que os legitimados; e fez ainda mais, ordenou que não fosse considerado como um obstáculo mais a existência de filhos tidos em um matrimônio anterior para serem legitimados os que se tivesse tido de concubina; assim como estendeu-se a legitimação também sobre o casamento contraído mesmo com uma concubina liberta[23].

Legitimatio per rescriptum principis. Por meio de um rescrito imperial podia o pai declarar como filhos legítimos os que tivessem tido de sua concubina[24]. Esta legitimação talvez fosse instituída também por Constantino, e que viesse a cair em desuso, se bem Justiniano pareça querer[25] ser considerado como o primeiro que a introduzira. Este imperador (Justiniano) mandou que para ter lugar esta legitimação, fosse preciso dar-se a não existência de filhos de matrimônio, e ter havido impossibilidade de casamento com a concubina; podendo neste último caso os filhos naturais por morte do pai, quando para isso este os tivesse autorizado em testamento, pedir serem reconhecidos como legítimos.[26]

Legitimatio per curiae dationem. O pai que fizesse inscrever os filhos que tivesse tido de sua concubina no *ordo decurionum* legitimava-os por esse simples fato; e assim também legitimava ele a filha havida de sua concubina, casando-a com um decurião[27]. Esta legitimação data do tempo de Teodósio II, e Valentiniano III.

---

20 L. 6. C. de natur. lib. (5, 27).
21 L. 5. C. eod; L. 6. C. eod.
22 L. 10. C. eod.; Nov. 19.
23 Nov. 12 c. 4; Nov. 18 c. 11; Nov. 78 c. 4; Nov. 89 c. 8.
24 L. 1. C. de natural. lib. (5, 27).
25 Nov. 74. c. 2.
26 Nov. 74. prem. c. 1.
27 § 13. I. de nupt. (1, 10).

Justiniano estabeleceu este princípio: que aquele que tivesse tido filhos com uma mulher com a qual se podia ter casado, e declarava em documento público, ou no seu testamento ter tido tais filhos sem dizer que eram naturais, que fossem estes considerados como se tivessem nascido de matrimônio[28].

Entende-se que a legitimação só pode estabelecer pátria potestas, quando teve lugar ainda em vida do pai, e não depois de sua morte por testamento[29]. A *legitimatio per curia dationem* não legitimava senão com relação ao próprio pai, e não quanto aos outros parentes do lado paterno[30]; conquanto por via dela se estabelecesse verdadeira e valiosa *patria potestas* sobre o filho assim legitimado[31].

B – *Sobre estranhos*

§ 30. Juridicamente podia-se estabelecer a *patria potestas* por via da adoção que é aquele ato pelo qual se faz de alguém o igual a um filho. Divide-se em *adoptio*, quando o adotado estava sujeito a uma *patria potestas – homo alieni juris*, e *arrogatio*, quando o adotado era *homo sui juris*[32]. Uma das condições que se impunha era que não devia o adotante ser castrado[33]; assim como depois também se ordenou que fosse mais velho do que aquele que ele quisesse adotar pelo menos dezoito anos, por isso que: – *adoptio imitatur naturam*[34]; e do mesmo modo devia estar na idade de poder procriar[35]: o que se fixou até os sessenta anos[36]. As fêmeas não podiam nem arrogar, nem adotar por não terem *patria potestas*[37].

Trataremos da *arrogatio* em primeiro lugar.

---

28 Nov. 117. c. 1.

29 Nov. 89. c. 2.; Nov. 117. c. 1.

30 Nov. 89. c. 4.

31 § 13. I. de nupt. (1, 10).

32 Gai. I, 98, 99; L. 1. 2. pr. D. de adopt. (1, 7) pr. § 1. I. eod. (1, 11).

33 Gai. I, 103; § 9. I. eod.; L. 2 § 1; 40 § 2. D. de adopt. (1, 7).

34 Gai. I, 106; L. 40 § 1. L. de adopt. (1, 7); § 4. I. de adopt. (1, 11).

35 Gell. V, 19.

36 L. 15 § 2. D. de adopt. (1, 7).

37 Gai. I, 104; Ulp. VIII, 2; Gell. V, 19; XV, 27; Tacit. Hist. I, 15.

Até o tempo dos imperadores requeria-se para que pudesse ter lugar a *arrogatio*, que ela fosse feita em os *comitiis calatis*, que se reuniam duas vezes no ano pelas cúrias em dias marcados[38], e eram presididos pelo *pontifex maximus*. Depois bastavam unicamente trinta lictores, que ainda representavam as trinta cúrias; e de Galba sabemos, que reunindo os seus soldados fez perante eles a arrogação de um filho[39]. Tanto o pai como o filho adotando deveriam comparecer pessoalmente nos comícios[40], e logo que ambos declaravam estarem de acordo, o *pontifex maximus* exigia a confirmação da assembléia – *rogabat populum*[41]; donde vem o nome *arrogatio*. As fêmeas e menores não podiam ser arrogados[42].

No terceiro período, no tempo dos imperadores, a arrogação também podia ser feita, *autoritate principis*, e dela se serviam para fazer a arrogação de mulheres e menores; e foi deste modo caindo em desuso a arrogação feita *authoritate populi*[43]. Por esta nova forma podia-se também arrogar fora de Roma, o que não era permitido pela antiga, atenta a sua natureza[44].

Devia o colégio dos pontífices, antes da arrogação, proceder a indagações, a fim de se certificar que nada havia contra ela[45]; o que depois, no tempo de Diocleciano, passou para o magistrado[46]. O resultado destas investigações consistia em saber se porventura os tutores do arrogado tinham ou não consentido na arrogação, havendo Cláudio mandado que fosse esse consentimento um requisito idispensável[47]; se o que arrogava já tinha sessenta anos de idade, porque em tal caso só por motivo particular podia a arrogação ter lugar[48]; do mesmo modo se não era o próprio tutor,

---

38 Gai. I, 99, 101; Ulp. VIII, 2; Gell. V, 19; XV, 27; Tacit. Hist. I, 15.
39 Sueton. in Galba c. 17.
40 L. 24. 25 § 1. D. de adopt. (1, 7).
41 Gell. V, 19.
42 Gai. I, 101, 102; Ulp. VIII, 5; Gell. V, 19.
43 Gai. I, 101; Ulp. VIII, 8; L. 21. D. de adopt. (1, 7); § 1, I. eod. (1, 11).
44 Gai. I, 100; Ulp. VIII, 4.
45 Gai. I, 102; Gell. I. c.; Tacit. Histor. I, 15.
46 L. 2. C. de adopt. (8, 48).
47 L. 8. eod.; L. 5. C. de auctorit. praest. (5, 59).
48 L. 15 § 2. 3. L. 17 § 2. 3. D. de adopt. (1, 7); L. 3. C. eod.

que por meio da arrogação procurava excusar-se de apresentar as contas[49]; se não havia um fim infante na arrogação[50]; e finalmente, se não acarretava ela dano algum ao arrogado[51]. Um pupilo não podia ser arrogado; o que, porém, veio a ser concedido com certas condições por Antonino Pio[52]; também não podia ser arrogado o liberto de outrem com prejuízo do patronato[53]; e só por motivos plausíveis é que podia ser arrogado o próprio liberto, que obtinha na família o direito de ingênuo, porém, não fora[54]. O arrogado sofria uma *capitis diminutio minima*, e por isso se tornava necessário nos tempos do paganismo que ele renunciasse aos *sacris* de sua família, por uma *solemne detestatio sacrorum*[55]. O arrogado não ficava tão-somente como se fosse verdadeiramente filho e na *potestas* do pai arrogator[56], porém, também na família, e tomava o seu nome[57]. Se o arrogado tivesse filhos, tornavam-se estes netos do pai arrogator[58]. Antes de Justiniano tinha também o pai arrogator uma *successio per universitatem*[59], mas não se tornava ele obrigado pelas dívidas[60], de maneira que os credores precisavam de uma *restitutio propter capitis diminutionem* a fim de serem satisfeitos. O edito dos pretores dava aos credores daqueles que tivessem sofrido uma *capitis diminutio minima* uma restituição pela perda do seu direito de ação[61]. Em conseqüência da restituição não deixava de existir a *capt. diminutio*, que só se fingia ainda não ter tido lugar, e ter o direito de

---

49 L. 17 pr. D. eod.
50 L. 17 pr. § 1. D. eod.
51 L. 17 § 2 D. eod.
52 Gell. V, 19; Gai. I, 102; Ulp. VIII, 5; L. 17. D. de adopt. (1, 7); § 3. I. eod. (1, 11).
53 L. 15 § 3. D. de adopt. (1, 7); L. 1 § 2. D. si quis a parente (37, 12).
54 Gell. 1. c.; L. 3. C. de adopt. (8, 48); L. 27. D. de st. hom. (1, 5); L. 32. D. de ritu nupt. (23, 2).
55 Gell. VI, 12; XV, 27.
56 Gai. I, 107; Gell. V, 19.
57 Tacit. Ann. XI, 11; XII, 25, 26.
58 Gai. I, 107; Ulp. VIII, 8.
59 Gai III, 82; pr. § 1. I. de acq. per arrogat. (3, 10).
60 Gai. III, 83.
61 L. 2 § 1, 4; L. 7 § 3. D. de capit. min. (4, 5).

ação ainda validade[62]. Justiniano ordenou, porém, que o pai arrogator só tivesse o usufruto dos bens[63], com obrigação de satisfazer as dívidas[64]. O filho adotivo se fosse de melhor condição do que o pai arrogator, não se rebaixava por isso[65], pelo menos não a perdia. O pai arrogator não podia sem motivo fundado emancipar o arrogado, e até mesmo devia esperar, que este chegasse à idade da maioridade, e restituir-lhe seus bens se este assim o quisesse[66]; e no caso de morrer o pai adotivo, ou de tê-lo emancipado sem causa, devia ficar uma quarta parte de seus bens (*quarta divi Pii*) para o arrogado[67].

Datio in adoptionem. A *datio in adoptionem* trazia: extinção da *patria potestas*, e nova *patria potestas*; conseqüência necessária da criação da segunda *patria potestas* por extinção da primeira.

Para a adoção era necessário o consentimento do pai natural, por isso que a *patria potestas* era por si um direito inalienável, e transferi-la para outrem seria impossível, se não fosse o poder que tinha o pai de vender o filho; e para destruir o pátrio poder preciso era fingir uma venda. Os filhos deviam ser vendidos três vezes, e o comprador, *pater fiduciarius*, deixava-o ficar ainda livre a primeira e segunda vez, e só na terceira o reemancipava ao pai, o qual então o deixava ao adotante pela *in jure cessio* perante um magistrado munido da *legis actio*[68]. A reemancipação com respeito às filhas, e netas, podia ter lugar logo na primeira vez[69]. Depois encurtou-se ainda o processo, bastando que o comprador pela *mancipatio* desse o adotando diretamente ao pai adotivo[70]. Justiniano simplificou a adoção mandando que comparecessem tanto o pai

62 Gai. III, 84; IV, 83.
63 § 2. I de adqui. per arrog. (3, 10).
64 § 2. I. eod.
65 L. 6 § 1. D. de senator. (1, 9); L. 35. D. de adopt. (1, 7).
66 § 3. I. eod. (1, 11).
67 § 3. I. eod.; L. 22. pr. D. eod. L. 8 § 15 D. de inoff. test. (5, 2); L. 2. C. de adopt. (8, 48).
68 Gai. I, 98-101; 132-135; Ulp. VIII, 2, 5; Gell. V, 19; L. 2, pr. 3, 4, 36 § 1. D. de adopt. (1, 7).
69 Gai. I, 134, 135; Ulp. X, 1.
70 Gai. I, 134.

natural, como o adotivo, e o filho perante o juiz, e fizessem registrar em um protocolo o ato da adoção[71].

O filho adotivo saía de sua família natural para entrar na adotiva pelo que sofria uma *capitis diminutio minima*, do mesmo modo que o arrgado[72]. Os filhos, porém, do adotivo ficavam na *patria potestas* do avô natural, e não na do avô adotivo[73]. Justiniano mandou que fosse como acima fica dito, quando os filhos do que tivesse sido adotado não fossem descendentes do pai adotivo, tornando-se neste caso a adoção unicamente um direito de sucessão estabelecido a favor do adotado[74]; e daqui lhe vem o nome moderno de *adoptio minus plena*. Nesta mesma ocasião revogou Justiniano o *Sctum de adoptionibus ex tribus maribus*, pelo qual logo que o pai dava um de três filhos que tinha, a este devia o pai adotivo deixar a quarta parte de seus bens (*quarta divi Pii*)[75].

Diocleciano também concedeu que uma mulher pudesse adotar, o que antigamente só por privilégio especial podia ter lugar; e pelo menos quando não tivesse filhos[76]. Neste caso, porém, não se estabelecia uma *patria potestas*, por isso que mulheres a não tinham, e isto tanto por arrogação, como por adoção; davam-se, por conseguinte, só as mesmas relações que existem entre as mães, e os filhos[77].

Quanto às adoções *per testamentum*, e que muitas vezes tinha lugar entre os romanos, mas que, entretanto, as fontes jurídicas não mencionam, não eram senão instituições de herdeiros, com licença, ou obrigação de trazer o nome de testador[78]. Estas adoções podiam também ser feitas por mulheres, e isto já no tempo em que ainda elas eram consideradas incapazes de empreender uma verdadeira adoção[79].

71 L. 11. C. de adopt. (8, 48).
72 Ulp. XI, 3; § 2. I. de legit. agnat. (3, 2); L. 23. D. de adopt. (1, 7).
73 § 11. I. de adopt. (1, 11).
74 L. 14. I. de hered. quae ab intest. (3, 1); § 8. I. quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12).
75 Theoph. III, 1, § 14.
76 Gai. I, 104 Ulp. VIII, 8.
77 L. 5. C. de adopt. (8, 48).
78 L. 7. 63 § 10. D ad Sct. Trebell. (36, 1).
79 Sueton. in Galba c. 4.

III. INFLUÊNCIA DA *PATRIA POTESTAS*

A – *Direitos do pai sobre os filhos*

§ 31. *Jus vitae et necis*. Este direito anexo à *patria potestas*, por direito romano, talvez que fosse já mesmo do tempo de Rômulo; e que a lei das XII Tábuas não fizesse mais do que repeti-lo[80]. Deste modo exercendo o paterfamílias sobre seus filhos poder de vida e de morte de maneira que o podemos chamar com Suetônio – *domesticus judex*, ou *magistratus,* podia carregá-los de ferros, castigá-los como bem lhe parecesse, e até mesmo dar-lhes a morte como já dissemos. De que este direito continuara, embora só quanto a certas formalidades, é o que não padece dúvida. Assim pertenceu ele por muito tempo ao pátrio poder, conquanto raras vezes fosse exercido, até o tempo dos imperadores, em que caiu em desuso até mesmo antes de ser revogado por lei. Por direito moderno matar a um filho era cometer *parricidium*[81].

Jus exponendi. Podia o pai expor ou matar o filho quando nascesse deforme, para o que se exigia que antes de fazê-lo convocasse cinco testemunhas dentre os seus vizinhos, e lhes mostrasse a criança, a fim de decidirem se era um *partus deformis*. Isto que já se atribuía a Rômulo, foi pela Lei das XII Tábuas imposto como uma obrigação. Assim também aprouve a Rômulo ordenar que se não se matassem nem filhos, nem filhas, nem crianças, que ainda não tivessem completado três anos de idade[82]. Estas exceções devemos, entretanto, considerar não como uma contradição ao *jus vitae et necis* anexo à *patria potestas*, mas como leis particulares feitas para evitar abusos do *jus vitae et necis* e do *jus exponendi*.

Constantino, além de acabar com essa imoralidade, estabeleceu um subsídio tirado do cofre público para os filhos das pessoas desvalidas[83].

---

80 Dirksen's Uebersicht p. 271-278.

81 L. un. C. Th. de parricid. (9, 15); L. un. C. de his qui parentes vel liberos occid. (9, 15).

82 Dionys. II. II, 15.

83 L. 1. 2. C. Th. de aliment. (11, 27).

Jus vendendi. Tinha lugar pela *mancipatio*[84]. A mancipatio era também designada como *nexum facere*[85], ou *per aes et libram genere*[86], e consistia em uma *imaginaria venditio*. Pela *mancipatio* sofria ele uma *capitis diminutio minima*[87].

Ordenou a Lei das XII Tábuas quanto ao filho diretamente vendido pelo pai: "*Si pater filium ter venum dabit, feliz a pare liber esto.*"[88] O filho assim vendido não se tornava escravo, mas caía em mancípio daquele que o tivesse comprado; não perdia o seu direito de ingênuo; só era obrigado a servir como escravo[89]. Foi Constantino quem restringiu este direito, mandando que tivesse o pai o *jus vendendi* só sobre os filhos *sanguinolenti*[90].

Jus noxa dandi. Quando por delitos do filho era intentada uma ação contra o pai, tanto quanto durou a *noxae datio*, devia a alienação ter lugar como outra qualquer, e do mesmo modo pela mancipatio[91]. O que foi por Justiniano completamente revogado[92].

B – *Influência da pAtria potestas sobre os bens*

§ 32. Não podia por direito romano antigo um filhofamílias ter bens próprios, entretanto, podia adquirir para seu pai, e este o mais que fazia era dar a seu filho bens, para que os administrasse; e o que ele com esses bens adquirisse fosse seu. Os bens, porém, não ficavam por isso deixando de pertencer ao pai, nem adquiria o filhofamílias direito algum sobre eles. A esta separação de bens chamava-se *peculium*, i.e. bens pertencentes ao pai, e que com consentimento seu estão nas mãos e sob a administração do

---

84 Gai. I. 117.
85 Festus v. Nexum, Nuncupata.
86 Gai. II, 107; III, 173.
87 Gai. I, 162.
88 Ulp. X, 1; Gai. I, 132; IV 79.
89 Gai. I, 116, 117.
90 Fragm. Vat. § 34.
91 Gai. IV, 75 – 79; L. 3 § 4 D. de lib. hom exhib. (43, 29).
92 § 7. I. de noxal. act. (4, 8).

filho. Por direito, porém, posterior ordenou-se (no tempo dos imperadores), que tudo o que um filhofamílias adquirisse, *qua miles*, lhe pertencesse como se fosse paterfamílias; e com relação a este caso considerado como *homo sui juris*. Ainda aqui mesmo dominava o direito antigo, por isso que se fingia o filhofamílias paterfamílias por não poder ele como filhofamílias ter bens próprios. A estes bens chamavam os jurisconsultos romanos *peculium castrense*. Com relação a este caso consideravam eles o direito civil como *jus commune* suspenso pelo *jus singulare*; e esta suspensão tornava-se definitiva, quando o filho fazia testamento; e no caso de o não fazer, o *jus singulare* era considerado então como não existente, indo o pecúlio castrense cair nas mãos do pai – *jure peculii*.

Mais tarde este mesmo direito estendeu-se a outras aquisições, as quais se deu o nome de *quasi castrensia*.

Constantino e outros imperadores depois dele mandaram que, o que o filhofamílias adquirisse pelo lado da mãe ficasse sendo seu. As vistas de Constantino não foram outras senão assegurar que o filho recebesse esses bens, logo que ele saísse do pátrio poder, e para conciliar isso com o direito paterno, deixou ao pai o usufruto desses bens, e também a administração, tendo o filho a propriedade. Por último, todos os bens que os filhos adquirissem e que não fossem *ex substantia patris, quod a patre proficiscitur*, e exceto os dous casos – *bona castrensia,* e *quasi castrensia*, constituíam o que se veio a chamar *peculium adventitium*. Diz-nos Puchta que a expressão *bona adventitia* lhe seria mais apropriada do que *peculium*; não só porque se não encontra nas fontes a palavra *peculium* para este caso, como também por não estarem esses bens verdadeiramente separados dos do pai, o qual, embora não tenha sobre eles direito algum de propriedade, tem, contudo, o usufruto; de maneira, que antes se poderia chamar *peculium* do pai, do que do filho.

A terminologia moderna é esta:

Peculium paganum:

a) Profectitium; b) Adventicium.
α) Ordinarium; β) Extraordirarium.

Peculium militare:

a) Castrense; b) Quasi castrense.

Peculium profectitium. Este pecúlio não era senão aquela porção de bens que o pai entregava ao filho para detenção e administração. Era necessária, pois a vontade do pai, *concessio peculii*; assim como que os bens fossem pertencentes ao mesmo, aquisição *ex substantia patris,* ou de um terceiro com essa intenção.

O *peculio profeticio* pertencia, por conseguinte, juridicamente ao pai[93]. Não podia o filho alienar esses bens sem prévio consentimento do pai[94]; assim como também não podia testar sobre eles[95].

Se o fisco por dívidas confiscasse os bens do pai, ficava o pecúlio para o filho; o que, porém, já não era assim com relação a outros credores, e quando tinha lugar a confiscação por crimes, o que muitos erroneamente pensavam.

Peculium castrense e quasi castrense. *Bona castrense* são aqueles bens que um filhofamílias *miles*, com tal adquiria. Adriano neles mandou também contar a herança da mulher. Pela *permutatio* podia qualquer cousa tornar-se castrense, assim, por exemplo: o que com *pecunia castrense* era comprado. Já do tempo de Augusto e de outros imperadores era permitido ao filhofamílias testar sobre esses bens[96]; e do mesmo modo poder manumitir um escravo castrense[97]. Finalmente estabeleceu-se este princípio, que sobre os bens castrenses era o filhofamílias qual *paterfamílias*, em todos os sentidos, e como tal deles podia dispor como bem lhe aprouvesse tanto em vida como por morte sua[98]; e só quando o não tivesse feito viriam então esses bens a pertencer a seu pai.

---

93 Pr. I. quib. non permitt. (2, 12).

94 L. 28 § 2 D. de pact. (2, 14); L. 1 § 1. D. quae re pign. (21, 3); L. 7. pr. § 2, 4, 5. D. de donat. (39, 5).

95 L. 6 pr. D. qui testam. (28, 1); L. 25 § 1. D. de mort. caus. donat. (39, 6).

96 Ulp. XX, 10; pr. I quib. non permitt. (2, 12).

97 L. 19 § 3. D. de castr. pecul. (49, 17); L. 8 pr. D. de jure patron. (37, 14).

98 L. 1 § 3; L. 2. D. ad Sct. Maced. (14, 6); L. 15 § 3. D. de castr. pec. (49, 17).

Depois de Constantino principalmente se foi estabelecendo o princípio de que tudo o que o filhofamílias adquirisse por empregos civis constituísse também um pecúlio, ao qual se deu o nome de *quasi castrense*[99].

Peculium adventicium. *Adventicium* é tudo o que um filhofamílias adquire; e que nem é *ex substantia patris*, nem *castrense*, nem *quasi castrense*. Os bens pertencentes à mãe só podiam tocar ao filho quando ela o instituísse herdeiro, com a condição de ser ele emancipado pelo pai, por isso que por direito antigo caíam seus bens em poder do marido[100]. Constantino então ordenou que pertencessem esses bens ao filho; porém, que tivesse o pai o usufruto, e a administração[101]. Vendo Justiniano que este direito só existia em teoria e que quase era inaplicável pelas suas muitas exceções, mandou que em todos os bens do filho que não fossem *ex substantia patris*, tivesse o pai o usufruto tendo o filho o domínio[102]. O direito romano excluía ainda mesmo do usufruto e da administração o pai, sem, contudo, tornar-se o filho por isso igual a um paterfamílias, como acontecia com relação ao pecúlio militar[103]. A estes bens chamavam *adventicia irregularia*, ou *extraordinaria*. O filhofamílias não podia testar, nem dispor deles como bem lhe parecesse[104].

Resumindo, pois, o direito justinianeu, tudo o que o filhofamílias adquiria, adquiria para si só, tendo o pai o usufruto, e a administração – *bona adventicia*[105]. Desta regra se fazia exceção quanto àqueles bens adquiridos *ex substantia patris*, que pertencem ao pai, *castrensia*, ou *quasi castrensia*, e *adventicia irregularia*, qua são do filho. Assim os bens que o filho possuía, ou ele os possuía de fato, e não de direito, *peculium*, ou de

99 L. 1 § 6; L. 16 § 12 ad Sct. Treb. (36, 1); L. 1 § 15, D. de collat. (37, 6); § 6. I. de milit. testam. (2, 11).
100 L. 16 § 2. D. de curat. fur. (27, 10).
101 L. 1. C. Th. de bon. matern. (8, 18).
102 § 1. I. per quas pers. (2, 9).
103 L. 8 pr. § 1. C. de bon. qui lib. (6, 61); Nov. 117, c. 1; Nov. 118 c. 2; Nov. 134. c 11.
104 L. 11. C. qui testam fac. (6, 22); L. 8 §5. C. de bon. quae lib. (6, 61); pr. I. quib. non permitt. (2, 12).
105 L. 6 pr. C. de bon. quae lib. (6, 61).

direito, e não de fato (*adventicia*), ou tanto de fato como de direito (*bona castrensia, vel quasi castrensia, adventicia irregularia*).

Acrescentaremos ainda aqui duas palavras sobre o modo por que se podia obrigar um filhofamílias.

Por contratos e delitos não provinha ao filhofamílias uma obrigação, nem direito algum de ação[106]; por isso que o pai adquiria todos os seus direitos; entretanto, a este princípio geral fez a jurisprudência muitas exceções pelas quais podia o filhofamílias intentar uma ação mesmo em seu próprio nome. Com relação às dívidas, que ele contraía, nada tinha o pai[107]; excetos, porém, aqueles casos em que também o senhor do mesmo modo era obrigado pelo seu escravo[108]. O filho, porém, por essas dívidas obrigava-se, sendo maior, não naturalmente como um escravo, e sim civilmente[109]; daqui provinha poder ele ser fiador de seu pai[110], vindo a ter lugar a ação contra ele quando tivesse o credor em que pegar, i.é, quando ele tivesse adquirido bens[111]. Conheceu-se, porém, a necessidade de limitar os empréstimos de dinheiro, pelo que Cláudio proibiu negócios de fiança com filhofamílias, cujo pagamento devesse ser realizado por morte do pai[112]. O *Senatusconsultum Macedonianum* do tempo de Vespasiano proibiu todo e qualquer empréstimo de direito a filhofamílias negando ao credor para sempre direito de ação[113]. Finalmente, mesmo entre o pai e o filho, podiam existir relações de negócios; não se dava, porém, o direito de ação, e sim uma obrigação natural. Só tinha lugar uma exceção, quando se tratava de bens pertencentes ao pecúlio militar[114]. Doações de pai para filho eram nulas[115]; e só no tempo dos imperadores no caso de

106 L. 9. D. de obl. et act. (44, 7); L. 13 § 2. D. quod vi (43, 24).
107 L. 3. C. ne filius pro patre (4, 13).
108 Pr. § 6. I. quod cum eo (4, 7).
109 L. 141 § 2 de V. O. (45, 1): L. 39. D. de obl. et act. (44, 7).
110 L. 10 § 2. D. de fidejuss. (46, 1).
111 L. 2. pr.; L. 4 § 2. 3.; L. 5 pr. D. quod cume o (14, 5).
112 Tacit. Ann. XI, 13.
113 L. 1 pr. D. de S. C. Macedon. (14, 6).
114 L. 38 pr. § 1. 2. D. de cond. indeb. (12, 6).
115 L. 1 § 1 pro donat. (41, 6); Frgm. Vatic. § 294, 295, 296.

morrer o pai sem reclamá-las é que poderiam então valer como doações *mortis causa*[116].

Com relação a delitos: se contra terceiro, podia este demandar o pai, e no caso de não querer ele defender o filho, podia então intentar uma ação diretamente contra o filho[117]; o que, porém, só tendo o filho bens próprios, poderia servir de alguma cousa[118], ou então podia exigir-se do pai, que como indenização entregasse o filho[119], o que tinha lugar pelo modo ordinário da *mancipatio*[120]. Entretanto, logo que o credor se tivesse indenizado da dívida, era obrigado pelo pretor a manumiti-lo[121]. A *noxae datio* caiu em desuso com o cristianismo, e Justiniano a revogou completamente[122].

IV. COMO SE EXTINGUE A *PATRIA POTESTAS*.

§ 33. A *patria potestas*, durava ordinariamente toda a vida, isto é tanto quanto vivesse o paterfamílias, ou o filhofamílias. Por morte do paterfamílias o filho tornava-se *sui juris*, os netos, porém, e os filhos deste permaneciam em seu poder[123].

A *patria potestas* extinguia-se logo que o filho que a ela estava sujeito sofria uma *capitis diminutio*[124]; assim pois, quando se tornavam escravos[125], ou perdiam[125] o *status civitatis*[126]. Finalmente pela *emancipatio*, cujas formas antigas se assemelham às do ato da adoção. O filho devia ser vendido a fim de que se extinguisse a *patria potestas*; e da *mancipatio* pela qual isso tinha lugar é que se deriva a palavra. A dife-

116 Frgm. Vatic. § 274, 277, 278, 281.
117 L. 33, 34. D. de nox. act. (9, 4); L. 39. D. de obl. et act. (44, 7).
118 Gai. I, 77.
119 Gai. IV, 75-78.
120 Gai. I, 141; IV, 79.
121 Collat. leg. Mos. II, 3.
122 § 7. I. de noxal. act. (4, 8).
123 Gai. I, 127; Ulp. X, 2; pr. I. quib. mod. (1, 12).
124 § 3. I. de legit. agnat. tut. (1, 15).
125 L. 7. D. de his qui sui (1, 6); Ulp. X, 4; § 5. I quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12). Gai. I, 29.
126 Gai. I, 128; L. 7. D. de his qui sui (1, 6); L. 6. C. de setent. pass. et rest. (9, 51).

rença que havia era esta; em vez de ter lugar uma *in jure cessio*, como na adoção, seguia-se uma *manumissio vindicta*[127]. O pai emancipava o filho a um amigo *fiduciae causa*; este devia tornar a emancipá-lo, e pela *remancipatio* caía ele então em *mancipio* do próprio pai, que então o manumitia; e obtinha o direito de patrono[128]. Quando era um filho, tornava-se necessário fazer a *mancipatio* três vezes; por duas vezes era ele manumitido, a fim de tornar a cair na *patria potestas* do pai, sendo só na terceira vez possível a *mancipatio* com *fiducia*, e ao pai fazer a manumissão.

Por direito mais moderno mandou Anastasius que se fizesse a emancipação por um rescrito imperial, e servia particularmente para os que estivessem ausentes. Justiniano em vez da emancipação anastasiana mandou que para a emancipação se fizesse uma declaração perante o magistrado *apud acta*[129]. A vontade do filho era necessária[130], porém, não se exigia a do filho adotivo[131].

Com a emancipação tinha lugar uma *capitis diminutio*, e perda da família[132] que, porém, se podia conservar por direito mais moderno havendo concessão especial[133]. Os filhos que tivessem sido procriados antes da emancipação, se ainda não tivessem nascido ficavam sujeitos à *patria potestas* do avô[134]. O filho emancipado não tinha indenização alguma pelo direito de herança, que perdia; entretanto, ficava ele com o pecúlio, e todos os outros bens de que lhe tivesse feito doação seu pai, dado o caso de os não ter reclamado pelo da emancipação[135]. O pai conservava sobre os

---

127 Gai. I. 132-137; II, 141; III, 6. IV; 79. Ulp. X, 1; § 6. I. quib. mod. jus patr. pot solv. (1, 12); L. 1. C. de emancip. (8, 49).

128 Gai. I, 132, 135, 140; Ulp. X, 1.

129 L. 5. C. de emancipat. (8, 49); § 6. I. quib. mod. (1, 12).

130 L. 5. C. de emancipat. (8, 49) Nov, 89. c. 11 pr.

131 L. 132 pr. D. de verb. obl. (45, 1); L. 9. 10 pr. C. de adopt. (8, 48).

132 Gai. I, 162, 163; L. 3 § 1. D. de capit. min. (4, 5); L. 13. 14. D. de adopt. (1, 7); § 11. I. de heredit. (3, 1)

133 L. 11. c. de legit. hered. (6, 58).

134 Gai. I, 135; III, 2.

135 Frgm. Vatic. § 255, 260, 261; L. 31 § 2.

bens adventícios do filho o usufruto de uma terça parte, isto por ordem de Constantino[136]; e Justiniano mandou que tivesse usufruto de metade[137].

Se o avô tivesse sofrido uma *capitis diminutio maxima* por ter sido feito prisioneiro de guerra, tornava a reviver a *potestas* logo que o *postliminium* lhe pudesse ser aplicável[138].

Os *flamines diales*, e as *vestaes* eram *sui juris* pela sua dignidade[139]. Justiniano mandou mais que não estivessem também sujeitos à *patria potestas*, os patrícios, cônsules e prefeitos pretórios[140], os *magistrati militum*, advogados, *patroni fisci*, e os agentes *in rebus*, e os bispos[141]

---

136 L.1 § 2; L. 2. C. Th. de matern. bon. (8, 18).
137 § 2. I. per quas pers. (2, 9); L. 6 § 3. C. de bon. quae lib. (6, 61).
138 Gai. I, 127-129; Ulp. X, 20-4.
139 Gai. I, 130; III, 114; Ulp. X, 5: Gell. I, 12.
140 L. 5. C. de consulib, (12, 3); § 4. I. quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12)
141 Nov. 82, proem. c. 1-3; Nov.123, c. 4; compare-se com l. 66. c. 66 decurion. (10, 31).

. . . .

Título II

MANUS

§I. SUA DEFINIÇÃO E NATUREZA

34. A palavra *manus* é a expressão de que se serviam os jurisconsultos romanos para definir o poder do marido sobre sua mulher; poder que ele obtinha quando o casamento era feito com certas formalidades empregando-se a expressão *manus* em vez de *potestas* como análoga. O *justum matrimonium* ou era *cum in manum conventione*, ou *sine in manum conventione*[1].

Pela *conventio in manum*, a esposa era juridicamente como se fosse filha de seu marido, *filiae in loco*, e irmã de seus filhos[2]. Se o marido ainda estava sujeito à *patria potestas*, era sua mulher considerada como se fosse neta de seu pai, *nepotis loco*[3]. A *uxor in manu*, entretanto, pois para a família se seu marido sofria *uma capitis diminutio minima*, e era propriamente a mãe de família[4]. É assim que parece caber a expressão *materfamílias* à *uxor in manu mariti*, e a de matrona aquela que tinha contraído

---

1 Gai. I, 108, 109.
2 Gai. I, 111, 114, 115 b., 136; II, 139.
3 Gai. II, 159; III, 3; Ulp. XXII, 14.
4 Gai. I, 162; IV, 38; Ulp. XI, 13.

núpcias *sine in manum conventione*[5]. Dissemos ser análoga à *potestas*, a expressão *manus*, e dissemos bem; por isso que alguma diferença existe. Assim não tinha o marido sobre a *uxor in manu* verdadeiramente o *jus vitae et necis*, como tinha o pai sobre os filhos, que estavam sujeitos a seu pátrio poder; podia, porém, ser juiz convocando um conselho de família, e neste caso até mesmo o podia ser para o caso de morte[6]. O direito de *mancipar* que talvez só fosse possível em certos e determinados casos.

Os bens da *uxor in manu* passavam para seu marido por uma *successio per universitatem*. O que ela adquiria para ele adquiria[7].

Com relação às obrigações, não tinha lugar o mesmo princípio da *patria potestas*; a *ex contractu*, obrigava-se a esposa, e o marido, ou escolhia defendê-la e então obrigava-se *in solidum*, ou deixava o credor à uma *missio in bonis*, em que só eram obrigados os bens da mulher e os que lhe teriam vindo a caber se porventura não tivesse tido lugar a *conventio in manum*[8]. Com relação aos delitos da mulher nada sabemos.

II. DA FORMAÇÃO DA *MANUS*

§ 35. As três formas conhecidas, que entre marido e mulher estabeleciam a *conventio in manu* eram*: confarreatio, coemtio, usus*[9].

A *confarreatio* consistia em cerimônias religiosas e fórmulas prescritas em presença de dez testemunhas, e um *pontifex*, e no sacrifício *in quo farreus panis adhibetur*[10]. A *confarreatio* só pertencia a patrícios, e as duas outras aos clientes e plebeus; as últimas pelo menos desde a Lei das XII Tábuas. O matrimônio assim contraído era considerado como particularmente santificado[11]. A dignidade do flamen de Dis, de Marte e de Quirinus só podia ser concedida a um filho cujos pais tivessem contraído matri-

---

5 Gell. XVIII, 6.

6 Liv. XXXIX, 18; Tacit. Ann. XIII, 32.

7 Gai. II, 86, 90, 96; III, 82-84; 163.

8 Gai. IV, 80.

9 Gai. I, 110; olim itaque tribus moodis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione.

10 Gai. I, 112; Dionys. Hal. II, 25.

11 Dionys. Hal. 1. c.

mônio pela confarreação (*confarreatione*)[12]: e da mesma maneira não podia o *flamen diales*[13] contrair matrimônio que não fosse com estas fórmulas santas; e seus filhos eram chamados por excelência *patrimi, matrimi*[14]. Por esta íntima união com as dignidades sacerdotais patrícias a *confarreatio* ficou ainda em uso entre os patrícios, quando já mesmo havia desaparecido da vida comum. Tibério ordenou então que com relação à *manus* assim estabelecida não houvesse para o civil mais importância alguma[15]; e com a religião antiga desapareceu finalmente essa fórmula.

Coemptio. Consistia em a venda da esposa perante cinco testemunhas, e um *libripens*; tinha, pois, lugar por uma *mancipatio*[16]. Para a filhafamílias era necessário o consentimento de seu pai, ou de seu tutor[17]. Servius[18], menciona perguntas recíprocas e respostas: *sese coemendo vir et uxor interrogabant, vir ita: An mulier sibi materfamílias esse vellet? illa respondebat: Velle. Itaque mulier in viri manum conveniebat, et vocabantur haec nuptiae per coemptionem; et erat mulier materfamílias viro, loco filiae.*

Usus. Tinha lugar quando a esposa habitava um ano inteiro com o marido sem interrupção[19]. Esta fórmula não tinha lugar quando a mulher estava sob tutela, mas sob *patria potestas*[20]. A Lei das XII Tábuas concedia, entretanto, um meio pelo qual podia a esposa impedir a *manus* no caso de assim o querer; e bastava ausentar-se de casa do marido *per trinoctium*[21]. Isto tinha lugar em um tempo em que o divórcio promovido pela própria mulher era difícil por ser ele tido e considerado contra os costumes. Também ficava ainda o pai com o pátrio poder no caso de o não querer transferir imediatamente para um homem, a quem talvez ainda não conhecesse bem.

---

12 Tacit. Ann. IV, 16.
13 Gai. I, 112.
14 Tacit. Ann. IV, 53; Festus v. Flamen.
15 Gai. I, 136; Tacit. Ann. IV, 6.
16 Gai. I, 113.
17 Cic. Pro Flacco; Gai. I, 195; III 113.
18 Servius, Aen. IV, 103, 214.
19 Gai. I, 111.
20 Cic. Pro Flacco 34.
21 Gai. III, 3; Macrob. Saturn. I. 3.

Já no tempo de Gaius tinha sido revogada esta fórmula em parte por lei e em parte pelo desuso[22]. Assemelhava-se este modo de estabelecer a *manus* ao usucapião: porquanto tal era também o modo de adquirir o domínio *juris gentium*.

III. COMO SE DISSOLVIA

§ 36. Dissolvia-se o matrimônio com a *conventio in manum* de diferentes modos: assim se dissolvia a *confarreatio* ou com a morte, ou com perda da *civitas*, ou pela *diffarreatio*. *Diffarreatio*[23], *genus erat sacrificii, quod inter virum et mulierum fiebat dissolutio, dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito*. O matrimônio, porém, contraído por um *flamen diales* nem mesmo pela *diffarreatio* podia ser dissolvido[24]. A *coemptio* e *usus* podiam ser dissolvidas como a *patria potestas*[25]. A dissolução da *manus*. A mulher divorciada podia exigir do marido a sua emancipação[26].

IV. *COEMPTIO FIDUCIAE CAUSA*

§ 37. Assim como havia um *mancipium*, assim também se dava uma *manus* aparente, e que nada mais era do que uma formalidade jurídica para outros fins; À qual chamavam os jurisconsultos *coemptio fiduciae causa*.

Tinha lugar a *coemptio fiduciae causa*: *tutela evitandi causa*. A mulher, que desejava ver-se livre de uma tutela pesada, quer fosse a do agnado, quer a do patrono, contraía um casamento fictício sendo o marido obrigado a emancipá-la àquele, que ela queira que fosse seu tutor[27]...*quae vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa coempt. Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere ut alium nanciscatur c. f. deinde a coemptionatore remancipata*

22 Gai. I, 111.
23 Festus v. diffarreatio.
24 Gell. X, 15, Festus v. Flanco.
25 Gai. I, 115, 195.
26 Gai. I, 137.
27 Gai. I, 114, 137, 195.

ei cui ipsa velit, et abe o vindicta manumissa incipit eum habere tutorem a quo manumissa est qui tutor fiduciarius dicitur.

Cícero[28] dá-nos notícia da ainda aplicação da *coemptio*. Quando as mulheres para se verem livres das *sacra privata* de suas famílias, delas saíam por uma mancipação fictícia. Elas, porém, quase sempre se faziam mancipar a velhos sem filhos, a fim não só de extinguirem por morte destes, as *sacra*, como também para ficarem herdeiras desses seus pretendidos maridos[29].

Testamenti faciendi causa. Para que as mulheres pudessem testar era-lhes também precisa a *coemptio*, assim como exigia-se que não tivessem elas agnados sofrendo por esse motivo uma *capitis diminutio minima*. Ainda no tempo de Adriano não podiam elas testar sempre que tivessem agnados, a fim de que os bens não deixassem de ficar na família[30].

28 Cic. Pro Mur. c. 12.

29 Gai. I, 136.

30 Gai. I, 115 a.

. . . .

Título III

MANCIPIUM

§ 38. O *mancipium* é análogo à *dominica potestas*, e a *servilis conditio*, denota a condição daqueles homens livres, que por uma *capitis diminutio minima* passaram da mão do pai, ou do marido, no primeiro caso se eram filhofamílias, no segundo *uxores in manu*, para o poder e serviço de outra pessoa o que tinha lugar ou por *alienação* ou pela *noxae datio.* Deriva-se o nome daí, que para ter lugar o *mancipium* era preciso uma *mancipatio*[1]. O poder que resultava do *mancipium* era o mesmo que a *dominica potestas* com relação a escravos; por isso que não só o direito de propriedade, como não se extinguia por morte do que o tinha e passava para os herdeiros, e até mesmo para a mão de uma mulher, sendo a maneira de manumitir a mesma que se empregava para a manumissão dos escravos. Contudo, uma grande diferença havia desta condição para a outra, e era que o *liberum caput in mancipio* não perdia o seu direito de ingênuo, o qual só ficava por então suspenso[2]. Maus-tratos da parte do que tinha o *mancipium*, dava di-

---

1 Gai. I, 117-123, 132-135, 141; IV, 79; L. 3 § 1. D. de cap. min. (4, 5); L. 3 § 4 D. de libero hom. exhib. (43, 29).

2 Gai. II, 90.

reitos ao que a ele estava sujeito de intentar uma *actio de injuria*[3]. As fontes não nos tiram da dúvida que existe: se porventura podia a ação ser logo intentada, ou se depois de sua manumissão, e se por ele, ou por seu pai em seu lugar[4]. Devendo ter lugar com relação aos *homines in mancipio* uma manumissão tal qual se exigia para escravos; contudo, não se entendia com relação a eles o que a respeito dos escravos determinou a *Lex Aelia Sentia*, e a *Furia Caninia*[5]. No caso da *noxae datio* podia a manumissão ser exigida logo que o homem *in mancipio* tivesse satisfeito a dívida[6]. Pela alienação voluntária impunha-se muitas vezes a condição, pelo *pactum fiduciae*, de ser ele remancipado ao pai a fim de se evitar vir um estranho a ser o manumissor[7]. Quando a alienação era feita para destruir a *patria potestas*, ou a *manus* nunca ficava sem efeito a condição imposta; e até mesmo contra a vontade do senhor podia ter lugar a manumissão, mandando-se para o censo o nome daquele que estava em mancípio[8]. Enquanto em mancípio, devia quem a ele estivesse sujeito servir o senhor como se escravo fora, e do mesmo modo tudo para ele adquiria[9]. Se o *homo in mancipio* contraía matrimônio válido, e se seus filhos nasciam na primeira ou segunda alienação, caíam em poder do avô; se na terceira, ficavam sujeitos também ao mancípio até que o pai alcançasse a manumissão, vindo eles a cair em seu poder, sob sua *patria potestas*[10]. Quanto às dívidas contraídas por ele, podia o credor exigir para seu pagamento aqueles bens que porventura ele teria possuído se não se achasse em mancípio[11]. Ao manumissor ficava uma espécie de direito de patrono, que porém não deixava de ter grande importância com relação à tutela e a herança. Por direito justinianeu não deixou o mancípio de existir de todo.

---

3 Gai. I, 141.
4 Walter, Rechtsgesch. T. 2. § 482.
5 Gai. I. 139, 140.
6 Collat. II, 3.
7 Gai. I, 114, 115, 118, 132, 134, 141; IV, 79.
8 Gai. I, 140.
9 Gai. II, 90. Ulp. XIX, 18.
10 Gai. I, 135.
11 Gai. IV, 80.

. . . .

Capítulo III

DO MATRIMÔNIO

§ I. EM GERAL DAS UNIÕES PERMITIDAS

39. Os romanos conheciam o matrimônio, ou núpcias, propriamente dito *connubium*; o concubinato; e o *contubernium*. Eles consideravam o matrimônio pela sua natureza como uma união *juris gentium*[1]; entretanto, pelo lado jurídico era ele valioso quando conforme munido de todos os requisitos civis: tal era o matrimônio *legitimums. justum*[2]; daí a definição – *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vita consuetudinem continens*[3]. O Digesto dá-nos a seguinte definição: *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vita divini et humani juris communicatio*[4]. A capacidade de contrair matrimônio conforme as leis civis chamava-se *connubium*. Ulpiano diz: *justum matrimonium est si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit etc*. § 3. *Connubium est uxoris jure ducendae facultas*[5]. Entretanto, na de-

---

1 L. 1 § 3. D. de J. et J. (1, 1).
2 Ulp. V, 2; Justae nuptiae. Gai. I, 55.
3 § 1. J. de patr. Pot. (1, 9).
4 L. 1. D. de ritu nupt. (23, 2).

finição do matrimônio pela *communio juris humani* não se deve compreender comunhão de bens, e sim talvez a igualdade da mulher ao marido quanto à posição e dignidade deste; diferenciando-se por este modo a mulher (*uxor*) da concubina[6]. A *communio juris divini* referia-se às *sacra privata*, que já pelo antigo direito se tornavam comuns pelo matrimônio[7]. O matrimônio ou era válido segundo a *jus gentium*, ou de direito civil, e era então *justae nuptiae*. O *matrimonium justum* ainda podia ser de duas maneiras: ou com a *conventio in manum* da qual já falamos, e pela qual obtinha o marido poder sobre sua mulher, e esta chamava-se materfamílias, ou *sine convent. in manum*, e neste caso só obtinha a *patria potestas* sobre seus filhos; a mulher era chamada *matrona*. *Uxor* chamava-se ela quer tivesse contraído matrimônio *juris gentium*, quer *juris civilis*. Pela regra só um romano e uma romana tinham o *jus connubii*. Entre romanos e latinos ou peregrinos, não havia senão um matrimônio natural, a menos que lhes não tivesse sido especialmente conferido o *jus connubii* para esse fim[8]. Latinos e peregrinos podiam contrair matrimônio legítimo, isto é, conforme o direito de suas nações; o direito romano, porém, considerava-o do mesmo modo como matrimônio natural. O mesmo se entendia a respeito do matrimônio contraído por libertos, que tivessem alcançado o direito de latinos ou peregrinos. Logo, pois, que uma reunião entre latinos e peregrinos, ou entre estes e romanos – fosse um *consortium omnis vitae*, com a *affectio maritalis*, e reconhecido como tal, quando não tivesse validade civil tinha-a geral; era assim que os filhos tinham um pai: *pater est quem nuptiae (*não *justae nuptiae) demonstrant*. A *affectio maritalis* era expressa com palavras: *liberorum quaerendorum causa*[9].

Logo que se desse um impedimento positivo para o matrimônio então nem sequer podia ele ser considerado como natural; mas como uma união proibida[10]. Dominava em Roma o princípio monógamo. O

5 Ulp. V. 2, 3.
6 Zimmern, Rechtsgesch. p. 299.
7 Zeitschrift f. gesch. R. W. T. 2.
8 Gai I, 57; Ulp. V, 4.
9 Ulp. III, 3.

concubinato foi também autorizado por direito romano; e era uma união duradoura, porém, sem a *affectio maritalis*. No tempo antigo a sedução, e a dissipação eram consideradas como criminosas com relação a ambos os sexos; entretanto, se consentia que um homem não casado tivesse por sua concubina pessoa que com isso não sofresse em sua reputação, ou fosse sua liberta, ou mesmo escrava. Tomava-se, pois, em consideração a possibilidade de afeição duradoura entre aquelas pessoas que, entretanto, não podiam se casar. Neste sentido são as leis de Otaviano. A *Lex Julia de adulteriis* ameaçava com penas rigorosas àquele que cometesse *stuprum* pelo menos com raparigas honestas, quer fossem ingênuas, quer libertas. O concubinato foi, porém, autorizado pela *Lex Julia et Papia Poppaea*; não se dando assim estupro neste caso[11]. Para diferenciar que havia concubinato e não estupro, pelo qual se incorria em penas, devia preceder uma declaração em regra[12].

Como é de supor, junto à mulher ninguém podia ter uma concubina[13]. O concubinato diferenciava-se do matrimônio pelo lado jurídico, e pela *vitae communio*[14]. A rapariga honesta perdia o seu bom nome com o concubinato[15].

Uma *honesta feminina* só por uma *testatio expressa* tornava-se concubina, porque do contrário a união era um estupro[16]. Quanto ao concubinato do patrono com sua liberta era considerado como mais honesto para ele neste caso, do que mesmo o matrimônio[17]. O concubinato não desonrava a liberta[18]. Por infidelidade, cometia ela adultério[19], e segundo Ulpiano, a concubina do patrono, qual *uxor* não se podia

---

10 Gai. I, 64; Ulp. V, 7.

11 L. 3. § 1. D. de conub. (25, 7).

12 L. 3 pr. D. de conub. (25, 7); L. 24. D. de ritu nupt. (23, 2).

13 Paul rec. Sent. II, 20; L. un C. de conub. (5, 26); L. 3. C. de manum. (7, 15).

14 L. 3 § 1. D. de donat. Int. vir. (24, 1); L. 31 pr. D. de donat. (39, 5); L. 3. C. de nat. Lib. (5, 27).

15 L. 41 § 1. D. de ritu nupt. (23, 2); L. 13 pr. D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5).

16 L. 1 § 1; L. 3. pr. § 1. D. de conub. (25, 7).

17 L. 1 pr. D. de conub. (25, 7).

18 L. 41 § 1. D. de ritu nupt. (23, 2); L. 13 pr. D. ad leg. Jul de adult. (48, 5).

19 L. 13 pr. D. ad leg. Jul de adulter. (48, 5).

separar dele contra a sua vontade[20]. Mesmo uma escrava se podia ter por sua concubina[21]. O concubinato continuava tanto quanto durasse a vontade; por isso deixava de existir logo que uma das partes enlouquecia. Entretanto, com relação ao patrono tinha lugar uma exceção: porquanto, sua liberta sendo sua concubina, continuava ainda a sê-lo, quando mesmo ele enlouquecesse[22]. Os que viviam em concubinato denominavam-se *pellices*. *Pellex,* pois, chamava-se a concubina embora fosse o homem solteiro ou casado[23].

Justiniano publicou diferentes ordenanças a respeito dos filhos de concubina; a maneira por que podiam ser libertos, e legitimados; assim o concubinato durou até os últimos tempos.

Contubernium nada mais era do que matrimônio entre escravos, feito com o consentimento de seus senhores, ou entre escravos e pessoas livres.

II. COMO E QUEM PODIA CONTRAIR MATRIMÔNIO

§ 40. Para se contrair matrimônio era preciso que não houvesse impedimento e que os contraentes se considerassem como esposos[24]. Também havia certas formalidades como se fosse a declaração que perante amigos fazia o homem – *se liberorum quaerendorum causa uxore ducere*, e é donde vem apelar-se para a *fides amicorum*[25]; o ato solene de copulação, como *jugum impositum, dexterae junctae*[26] – a *domum deductio*[27], e outras cerimônias até finalmente levarem a noiva ao quarto de dormir[28]. Entretanto, estas formalidades não eram essenciais, de maneira que bastava o fato de se viver junto com uma ingênua para que, no caso de dúvida, e

---

20 L. 1 pr. D. ad de concub. (25, 7).
21 LL. 6. 8. D. de pignor. (20, 1); Paul. Sent. Rec. II, 17 § 6.
22 L. 4. D. de concub. (52, 7); L. 2. D. eod.
23 Festus v. Pellices.
24 L. 11. D. de spons. (23, 1); L. 30 D. de R. J. (50, 17).
25 L. 22. C. de nupt. (5, 4).
26 Isidor. X, 8.
27 M. Sêneca controv. III, 21; Festus v. rapi; L. 66 § 1. D. de donat. Int. vir. (24, 1).
28 Festus v. genialis, pronubae.

de não aparecer uma prova, valer isso como um casamento[29]. Por último, ordenou Justiniano que as pessoas de condição fizessem contrato de casamento, *dotalia instrumenta*; e aquelas que pertencessem às classes médias fizessem uma declaração perante o *defensor ecclesiae* do lugar, e em um protocolo lavrado com assistência do sacerdote[30].

Ao matrimônio precediam esponsais. No tempo antigo serviam-se das fórmulas da *stipulatio*. O noivo estipulava, e o pai prometia: *filiam in matrimonium datum iri*; o pai estipulava, e o noivo prometia: *filiam uxorem ductum iri*[31]. Era infame aquele que contraía *bina sponsalia*[32]. A noiva chamava-se *sperata*, i. é a futura; ou *pacta*, i. é a prometida; *sponsa*, i. é a solenemente prometida; e também *destinata*[33]. As doações feitas com atenção a matrimônio futuro não podiam ser reclamadas civilmente por aquele que tivesse sido o culpado da sua dissolução[34]. Depois deram *arrha sponsalitia* e as perdia aquele que fosse culpado da dissolução, podendo-se até mesmo impor a condição de pena no quádruplo[35]. Para ser válido o matrimônio e como tal reconhecido era necessário que fosse ele possível entre os contraentes. A esta possibilidade chamava-se *connubium*. Entretanto, muitos outros motivos havia que tornavam impossível o matrimônio entre duas pessoas, tais eram os impedimentos como tais, já por sua natureza religiosa, política, ou mesmo natural. Assim certas pessoas eram absolutamente incapazes de contrair matrimônio, tais como escravos, castrados, impúberes, e os que já viviam em matrimônio enquanto este durasse. A mulher também não devia tornar a casar enquanto não houvesse certeza a respeito da paternidade, isto é, para evitar a *turbatio sanguinis*, o que, porém, não anulava o casamento, e só trazia certas penas. Exigia-se que a mulher tivesse doze anos, e o homem quatorze[36]. Que fosse solteiro, do contrário seria infame[37]. Também era ne-

29 L. 24. D. de ritu nupt. (23, 2); L. 3, D. de concub. (25, 7).
30 Nov. 74 c. 4, 5; Nov. 117 c. 4.
31 Gell. IV, 4; Varro de L. lat. V, 70, 71.
32 L. 1. 13 § 1-4. D. de his qui notant (3, 2).
33 Rhein. R. Privatrecht. P. 189.
34 Vatic. Frgm. § 262.
35 L. 6. C. th. De spons. (3, 5); L. 3. C. de sponsal. (5, 1).
36 Ulp. V, 2; pr. J. de nupt. (1, 10).
37 Gai. I, 63; L. 1. D. de his qui notant. (3, 2); L. 2. C. de incert. Nupt. (5, 5).

cessário o consentimento daquele a cujo poder ainda se estivesse sujeito[38]. O que depois foi minorado pela *Lex Julia*[39]. Escravos não podiam casar com pessoas livres[40], o que, porém, pela *Lex Julia* só foi limitado a senadores, seus descendentes. Nos tempos primitivos não se tornava nulo o casamento, mas não gozava de muitas vantagens como os outros[41]. Só por um *Sct.* Do tempo de Marco é que ele se tornava nulo[42]. Isto levava a perguntar o que seria se um senador ou filho de senador se casasse com uma liberta, e perdesse depois essa dignidade. Enquanto senador não era a liberta *uxor*, mas já no segundo caso principiava ela a ter os direitos de *uxor*[43]. O que foi revogado por Justiniano, que primeiro fez uma exceção para aquele, que tendo casado com uma liberta chegará depois à dignidade de senador[44]; até que depois concedeu a qualquer o poder casar-se com a sua liberta (539)[45]; e por último acabou com todas essas restrições (541)[46]. Era também proibido o casamento de ingênuos com atrizes[47]. Do *praeses provinciae* durante o seu governo na província[48]. Do soldado destacado[49]. Não podia o tutor ou o filho do tutor casar com sua pupila, e isto por um senatosconsulto do tempo de Antonio e Commodo[50]; excetos os casos em que não pudesse ter lugar uma *in integrum restitutio*. Não era permitido o casamento de adúltero com a adúltera[51]. Do raptor com a raptada[52]. Valentiniano I, por

38 Ulp. V, 2; L. 7 § 1. D. de sponsal (23, 1); L. 2, 18, 25, 36. D. de ritu nupt. (23, 2); pr. J. de nupt. (1, 10).
39 L. 19. D. de ritu nupt. (23, 2).
40 Ulp. V, 5.
41 Ulp. XVI, 2.
42 L. 16 pr. D. de ritu nupt. (23, 2); L. 16 D. de sponsal. (23, 1).
43 L. 27, 34 § 3. D. ritu nupt. (23, 2); L. 9. D. senator. (1, 9).
44 L. 28. C. de nupt. (5, 4).
45 Nov. 78. c. 3.
46 Nov. 117 c. 6.
47 Ulp. XII. 1, 2; L. 44 pr. D. de ritu nupt. (23, 2).
48 L. 38 pr. D. de ritu nupt. (23, 2).
49 L. 63, 65. D. eodem.
50 L. 59, 60. D. de ritu nupt. (23, 2).
51 L. 11 § 11; L. 29 § 1. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5); L. 9. C. ad leg. Jul (9, 9); Nov. 134 c. 12.
52 L. 1, 2, 3 C. Th. de raptu. (9, 24); L. un. § 1. C. de raptu (9, 13).

motivos políticos, proibiu o casamento com bárbaros[53]. Entre ascendentes e descendentes, assim como entre aqueles que estivessem no mesmo caso, quer pela adoção, quer pela afinidade, não era permitido o casamento. Na linha colateral por direito antigo ia o impedimento talvez até o 6º grau, e assim era impossível o casamento entre *sobrini*[54]. O *jus osculi* talvez servisse para denotar até onde ia o impedimento, e não como diz Plutarco para se saber se as mulheres bebiam vinho. Depois só se deu impedimento até o 4º grau, assim, pois, só até aos *consobrini*[55]. Ainda mais tarde só se estendia até o 3º grau; e Cláudio ainda fez uma exceção a favor do tio com sobrinha filha do irmão[56]. Os filhos de Constantino proibiram depois o casamento com sobrinha sob pena de morte[57]. Teodósio II o proibiu entre primos germanos[58]. Arcadius, porém, no Oriente decidiu não haver entre eles impedimento algum[59]. Justiniano proibiu o casamento quando tivesse lugar um *respectus parentelae*; assim, pois, quando ambos descendessem da *stipes communis*. Também era um impedimento na linha colateral a adoção tanto quanto existisse[60]; não assim a afinidade por direito antigo[61]. No tempo dos imperadores era proibido o casamento com a viúva do irmão, e a irmã da mulher[62]. Do mesmo modo sem haver parentesco, nem afinidade, era o casamento proibido, como por exemplo, com a viúva do enteado, a madrasta da mulher[63]; com a noiva do filho, ou do pai[64]. Justiniano proibiu o casamento do padrinho com o afilhado de batismo por considerar a igreja existir entre eles uma *cognatio spiritualis*[65].

---

53 L. un. C. Th. de nupt. gentil. (3, 14).
54 Tacit. Ann. XII, 4.
55 Ulp. V, 6.
56 Gai. I, 58-64.
57 L. 1. C. Th. de injust. Nupt. (3, 12).
58 L. un. C. Th. si nupt. (3, 12).
59 L. 19. C. de nupt. (5, 4).
60 L. 17 pr. § 1; L. 55 § 1. D. de ritu nupt. (23, 2).
61 Cic. De div. I, 46; Valer. Max. I, 5, 4.
62 L. 5, 8, 9 C. de incest. Nupt. (5, 5).
63 L. 15. D. de ritu nupt. (23, 2).
64 L. 12 § 1, 2; L. 14 § 4 D. eod.
65 L. 6. C. de nupt. (5, 4).

§ 41. *Dos* parece vir do grego διδοναι. Chama-se dote aqueles bens que trazia a mulher ao marido para ajudar os encargos do matrimônio, *onera matrimonii*. Já Plautus chamava aquelas raparigas que não tinham dote *illocabiles*. Interessava ao Estado, que às mulheres se desse um dote; e o que era de simples uso tornou-se então uma obrigação para certas pessoas. Assim foi o pai obrigado a dá-lo à filha por uma constituição de Severo, e Antonino[66]. Por mais necessitado que estivesse, diz Plautus, devia o irmão dar *germanam suam sororem* um dote para que ela se casasse, e embora o fizesse contra a vontade do noivo. Se o não fizesse era ele *infame*. O dote ou era o pai quem dava, e chamava-se *profecticia* (*ex subst. patris*); ou era um estranho, ou mesmo a mulher, e então chamava-se *adventicia*[67]. *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*[68].

Datio dotis, dádiva de um objeto para sobre ele se ter domínio; principalmente, porém, tudo o que podia ser objeto de dote, e assim também uma dívida[69].

Promissio dotis. Tinha lugar quando se constituía o dote por uma *stipulatio*. Já a *promissio* de per si constituía o dote quando tivesse sido feita logo ao marido; e talvez que não fosse a obrigação de constituí-lo. *Sponden' tuam gnatam uxorem mihi? Spondeo et milliari Philipum dotis*[70].

Dictio dotis. Tinha lugar por palavras solenes que continham uma declaração. Capazes eram as mulheres, e seus tutores, o pai, e ascendentes paternos da mulher, e finalmente o devedor desta, por sua ordem[71]. Por direito posterior só duas maneiras havia de constituir o dote, e eram: a *datio* e *promissio dotis*. Teodósio II ordenou mais; que para essa última bastasse uma simples *pollicitatio*[72].

---

66 L. 19. D. de rit. Nupt. (23, 2).

67 Ulp. VI, 3.

68 Ulp. VI, 1.

69 Gai. II, 63; L. 23, 48. § 1. D. de jure dot. (23, 3).

70 Plaut. Trm. V, 2. 34.

71 Ulp. VI, 2; Vatic. Frgm. § 99, 100, 110.

72 L. 4. C. Th. de dotib. (3, 13); L. 6. C. de dot. Prom. (5, 11).

O dote ficava compreendido nos bens do marido, e se eram cousas tornava-se ele *dominus*. Durante o matrimônio não tinha a mulher direito algum sobre ele; chamava-se, entretanto, o seu dote quando constituído por ela, ou para ela a fim de lhe ser restituído para o futuro. Daí: *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*; a mulher tinha um direito, porém, só de futuro[73].

Era considerado de interesse público entre os romanos, que o dote da mulher lhe fosse restituído para seu sustento futuro; pelo que se lhe assegurava a sua restituição de diferentes modos. A *Lex Julia* de fundo *dotali* ordenou que não pudesse o marido alienar ou hipotecar fundos dotais na Itália[74]. Com permissão da mulher podia alienar, mas não hipotecar[75]. Os jurisconsultos romanos levaram esta proibição *in favorem mulierum* tão longe, que nem mesmo podia ter lugar o usucapião contra elas[76]. Também ainda se vacilava quanto a se dever ou não entender esta determinação sobre fundos provinciais[77]. A alienação tornava-se nula quando com a dissolução do matrimônio viesse o terreno a caber à mulher[78]. Justiniano ordenou o mesmo com relação a terrenos provinciais, e até mesmo proibiu a alienação ainda quando feita com consentimento da mulher[79].

Cabe-nos aqui examinar a muito debatida questão: se porventura para um casamento com a *conventio in manum* tinha lugar um dote propriamente dito. Hasse[80] nega que tivesse sido possível ter tido lugar um dote no sentido propriamente jurídico da palavra, dando-se o caso de um matrimônio com a *conventio in manum*; por isso que para se poder chamar *dote*, era essencialmente preciso que precedesse um matrimônio pelo qual fossem os bens de ambos os esposos separados de *direito*. Ainda isto só não

73 L. 74. D. de jure dotal. (23, 3).
74 L. 4. D. de fundo dot. (23, 5).
75 Gai. II, 32, 63; Paul. II, 21. b. § 1. ; L. 4. 16. D. de fundo dot. (5, 23); L. 1. C. eod (5, 23); L. un. § 15. C. de res ux. (5, 13).
76 L. 1. pr.; L. 16. D. de fundo dotal. (23, 5).
77 Gai. II, 63.
78 L. 3. § 1.; L. 11. de fundo dotal. (23, 5).
79 Pr. J. qu. alien. licet (2, 8).
80 Hasse, Güterrecht der Ehegatten p. 220.

bastava, por ser preciso mais, que ele fosse dado para ajudar os encargos do matrimônio sob garantia da lei, e reunido aos bens do marido por um ato especial. Logo, se faltasse qualquer destes requisitos a expressão *dos* não era empregada no seu sentido técnico, e só como expressão vulgar; e neste caso as passagens apresentadas como provas contra esta asserção podem ser tomadas como a favor. Danz[81] é também de opinião ser o dote contra o espírito da *in manum conventio*. A *manus*, diz ele, que por direito antigo adquiria o marido sobre a mulher não era um *onus*, e sim um *jus*; era uma aquisição que se fazia da mulher pelo casamento; assim como não podemos considerar como um *onus* a aquisição de um filho, que por arrogação veio a cair no nosso pátrio poder. Somente quando o matrimônio não era com a *conventio in manum*, é que se poderia entender, que se fizesse uma doação para ajudar os encargos do matrimônio, por isso que a mulher apesar de dever ser sustentada, não fazia parte da *família* de seu marido. Contra Hasse apresentou-se primeiro Unterholzner[82], assim como também Schilling[83]. Buchardi é de opinião ser possível constituir-se um dote à mulher mesmo quando contraísse ela matrimônio com a *conventio in manum*[84]. Só a mulher é que se não podia fazer a si própria um dote, por isso que seus bens « *dotis nomine* » cabiam ao marido[85].

Quanto às dívidas da mulher só se dava ao credor uma ação para o montante do que ela tivesse trazido[86]. Tudo, porém, quanto a mulher adquirisse depois do matrimônio cabia a seu marido por via da *manus*[87], por isso que ela, como filha, juridicamente nada podia ter seu próprio[88]. Morresse a mulher antes do marido, não teria lugar sucessão alguma; se, porém, morresse ele antes da mulher, recebia ela uma parte da herança

---

81 Danz, Lehrb. P. I. p. 153.

82 Hall. allgem. Litt. Zeit. Augustheft v. J. 1824. nº 202, e depois o mesmo em Tübing. Krit. Zeitschr. T. V. p. 26 e seguintes.

83 Bemerkungen p. 174 seguintes.

84 Vatic. Frgm. § 115.

85 Cic. Top. c. 4; pro Flacco c. 35.

86 Gai. III, 83, 84; IV, 38.

87 Gai II, 86, 96; III, 163; Ulp. XIX, 18, 19.

88 Gai. II, 96.

como filha[89], e ainda mesmo como viúva conservava-se ela para com os filhos na mesma relação, e herdavam-se reciprocamente.

Com relação ao casamento sem a *conventio in manum*, sendo o dote como destinado para ajudar os encargos do matrimônio, caía em poder do marido, que ele podia dispor como bem lhe parecesse, observadas as restrições já mencionadas. Quanto aos outros bens da mulher não compreendidos no dote, e que os gregos chamam, a eles não tinha o marido direito algum.

O dote ou aqueles bens que a mulher trouxe ao marido, e que *soluto matrimonio* lhe deviam ser restituídos outra vez, chamavam-se *res uxoriae*; e a estes bens reclamava ela depois de dissolvido o matrimônio com a *actio rei uxoriae*; além disso, existiam *cautiones res uxoriae* para as quais se deu a *actio ex stipulatu*[90]. Para o caso de divórcio quando o matrimônio era com *manus*, tinha a mulher a *actio rei uxoriae*. Talvez que por não haver antes um direito de ação é que se diga ter sido pelo divórcio de Carvilius Ruga, que se adotaram as cauções[91]. Podia também ter sido estipulado sobre o dote, e neste caso havia contra o marido e seus herdeiros uma *actio ex stipulatu* depois de dissolvido o matrimônio, por ser esta a condição da *stipulatio*[92]. Estipulador podia ser a própria mulher, quer fosse ela ou outra pessoa quem tivesse constituído o dote, ou então o terceiro que o constituiu[93].

A mulher, ou outra pessoa por ela, podia exigir a restituição do dote se a dissolução do matrimônio tivesse sido ocasionada por morte do marido, ou por divórcio sendo a mulher autora. Se ela estivesse sobre o pátrio poder, então a seu pai cabia fazê-lo, porém, sempre de acordo com a filha e seus herdeiros, e só no caso de estar o marido em mora[94]. Se foi por morte da mulher que teve lugar a dissolução do matrimônio, tinham direito a pedir restituição do dote, se era *dos profecticia*, o pai ou

89 Gai. II, 139, 159; III, 3; Ulp. XXII, 14; XXIII, 3, XXIX, 1.
90 L. 67. D. de jure dot. (23, 3).
91 Gell. IV, 3.
92 L. 21-23 de jure dot. (23, 3).
93 Ulp. VI, 5; Vatic. Frgm. § 112.
94 Ulp. VI, 7; Vatic. Frgm. § 112.

seus descendentes paternos[95]; ficando, porém, uma quinta parte para os filhos; se o dote fosse *adventícia*, isto é, todo e qualquer dote que não fosse *profecticia* ficava pertencendo ao marido[96]. O dote ou devia ser restituído *in natura*, ou então pelo seu justo valor; e devia a sua restituição ser feita em três términos de ano; *annua, bima, trima die*[97]. O que foi alterado por Justiniano[98].

Finalmente, se a mulher fosse culpada do divórcio ficava para cada filho 1/6 do dote, porém, nunca mais de 3/6[99]. *Propter mores*; se por delito da mulher houve divórcio, *propter mores graviores*, como, por exemplo, por adultério, 1/6; se *leviores* 1/8[100]. Se fosse o marido o culpado; quando *propter mores maiores* era obrigado a restituir o dote imediatamente sendo *res fungibiles*, o que em caso contrário ele só teria obrigação de fazê-lo nos três términos; se *propter mores minores*, então em seis meses[101]. Tinha também lugar uma *retentio dotis propter res donatas*; isto é valor daquelas cousas doadas à mulher e que não foram outra vez restituídas[102]: *propter res amotas*; isto é valor daquelas cousas tiradas pela mulher e não recuperadas[103]. *Propter res impensas*, feitas pelo marido sobre os bens dotais segundo o princípio *necessaria imprensae ipso jure minuunt dotem*[104]. Todas estas *retentiones* ficavam, porém, de nenhum efeito pela *actio ex stipulatu*: pelo que criou-se então *propter mores* um *judicium de moribus* particular, e a *actio de moribus*[105].

---

95 Ulp. VI, 3.
96 Ulp. VI, 3-5; Vatic. Frgm. § 108; L. un. § 6. C. de rei uxoriae act. (5, 13).
97 Ulp. VI, 8, 13.
98 L. un. §7. C. de rei uxoriae act. (5, 13).
99 Ulp. VI, 10; Vatic. Frgm. § 105, 106, 107, 120, 121.
100 Ulp. VI, 12.
101 Ulp. VI, 13.
102 Ulp. VI, 9; L. 66 § 1. D. de donat. int. V. et U. (24, 1); L. 15 § 1. D. solut. matr. (24, 3).
103 Ulp. VI, 9.
104 Ulp. VI, 9; L. 5, 7, 8, 9, 11, 15, 16 D. de imp. in res dot. fact. (25, 1).
105 Gai. IV, 102; L. 5 pr. D. de pact. dot. (23, 4).

IV. INFLUÊNCIA DO MATRIMÔNIO SOBRE OS BENS

§ 42. Entre marido e mulher durante o matrimônio não podia ter lugar doação alguma válida[106], por isso que o matrimônio não devia ser uma especulação. Assim as doações feitas entre marido e mulher não eram válidas juridicamente e podiam ser demandadas. Excetuavam-se os seguintes casos:

As *mortis causa donationes*, por isso que estas doações só eram perfeitas depois da dissolução do matrimônio. Toda e qualquer doação em que o doador morria sem reclamá-la. Do mesmo modo a doação *divorcii causa*, quando os esposos *concensu* se separavam[107]. Quando a *uxor in manum* fazia um furto ao marido, não tinha ele uma *actio furti* contra ela, e sim uma *retentio propter res amotas* em caso de divórcio. Além disso, concedeu-se uma *actio rerum amotarum*, tendo lugar o divórcio. O mesmo tinha lugar com relação ao matrimônio *sine manu*: o furto cometido pela mulher não era um furto, e nem tinha o marido outro direito senão o da *vindicatio*, e uma *conditio furtiva*. Se, porém, o furto fosse feito com vistas de divórcio, depois de divorciado ia o marido contra a mulher com a *actio rerum amontarum*. O mesmo acontecia a favor da mulher contra o marido em circunstâncias idênticas.

No tempo dos imperadores, instituiu-se a *donatio ante nuptias*, depois chamada por Justiniano *propter nuptias*[108]. Tal é a doação que faz o marido à mulher a fim de que ela e seus filhos pudessem contar com esses bens para seu sustento; já prevendo o caso de cair ela em miséria, já no caso de morrer ele. Destes três casos não sabemos exatamente qual tivesse sido o caso normal. Antigamente devia esta doação ser feita antes do matrimônio; Justiniano finalmente mandou que pudesse ser feita mesmo durante o matrimônio[109]. Esta doação assemelha-se ao dote nisto; que o dote era a mulher que trazia para ajudar os encargos do matrimônio; e esta

106 Ulp. VII, 1; Paul. sent. II. 23; L. 1, 3 pr. D. de donat. int. vir. (24, 1).
107 Ulp. VI. 1; D. XXV, 2: de actione rerum amotarum; C. V, 21; rerum amotarum.
108 Ulp. VI. 1; D. XXV, 2: de actione rerum amotarum; C. V, 21; Rerum amotarum.
109 § 3. I. de donat. (2, 7).

doação era feita para assegurar o futuro da mulher, e dos filhos, podendo por direito justinianeu, a mulher exigir mesmo uma *donatio propter nuptias* sempre que houvesse dote.

Por morte do marido tinha a mulher direito a esta doação no caso de ter filhos; e não os tendo só quando expressamente assim fosse declarado[110].

V. DO DIVÓRCIO

§ 43. Antes de entrarmos em matéria, cumpre notar o seguinte: *repudium* dizia-se propriamente do marido ou noivo, que se retirava[111]: *divorcium* dizia-se da mulher que se separa[112]; depois, porém, confundiram-se estas expressões.

Dos primeiros tempos nada sabemos concernente ao divórcio.

Sabemos que a *confarreatio* tornava o matrimônio indissolúvel, mas não talvez pela *manus*; a *confarreatio* era um requisito necessário à dignidade de *flamen dialis* e tanto assim era que se a mulher morria, perdia ele a dignidade de *flamen*: « *uxorem si amisit flaminio decedit*[113] ». Mas como é de supor, era contra o espírito do paganismo, tornar-se impossível ao marido repudiar a mulher. Podia este por delitos da mulher repudiá-la, depois de ter deliberado com os parentes[114], tendo então lugar o divórcio pela *diffarreatio*[115]. Com respeito a outros casamentos, tinha lugar o divórcio sem outra formalidade mais do que o querem ambos ou um só dos esposos divorciar-se: *repudium mittere*. No tempo da república já era o divórcio punido quando não houvesse um motivo justo, que o autorizasse; assim se por culpa do marido, era ele punido com a *nota censoria*; se por culpa da mulher, tinham lugar diminuições feitas no dote.

---

110 Nov. 22 c. 32, 33; Nov. 127 c. 3.

111 Plaut. Aul. IV, 10, 53.

112 Cic. Ad div. VIII, 7.

113 Martial X, 41, 8; Tacit. Ann. XII, 40; II, 86; Gell. X, 15.

114 Plut. Romul. 22.

115 Festus v. diffarreatio.

Supõem alguns jurisconsultos já ter a Lei das XII Tábuas tratado do divórcio, e talvez se firmem em Cic. philipp. II, 28 (*mimam illam suas res sibi habere jussit ex duodecim tabulis: claves ademit exigit*); o que, porém, esta passagem não justifica. Do mesmo modo se diz também ser Spurius Carvilius Ruga o primeiro que se divorciara em Roma em 520[116]. O que além de ser extraordinário não é verossímil[117].

Com a corrupção dos costumes tornaram-se divórcios muito freqüentes, e motivos fúteis bastavam para repudiar-se a mulher, ou divorciar-se ela do marido[118]. O dique que se opôs foi de incorrer o culpado em certas penas pecuniárias; e debaixo deste ponto de vista perguntava-se, se o divórcio tinha sido por livre-arbítrio de um, se por culpa do outro[119]; ou se porventura por motivos, sem entretanto, ser um deles culpado, e tal era o *divorcium bona gratia*[120]. Também quanto às fórmulas nada havia juridicamente marcado[121]. Foi a *Lex Julia de adulteriis*, que então estabeleceu uma fórmula para o divórcio: notificação do repúdio por via de um liberto da família perante sete testemunhas *cives romani*[122]. Logo que o divórcio não fosse feito deste modo continuava o matrimônio *jure* a subsistir. Se o matrimônio era com *manus*, não tinha o divórcio influência alguma sobre este: a mulher podia logo que se tivesse divorciado do marido pedir a dissolução da *manus*[123]. o que tinha lugar raras vezes por uma *emancipatio*, sim por uma *remancipatio* a algum parente ou amigo da mulher seguindo-se depois a sua manumissão; ou então pela *coemptio*[124]. No tempo dos imperadores, procuraram eles pôr limites a tanta licença; e fixaram os delitos que só poderiam valer à parte não culpada para intentar o divórcio; e eram contra o homem penas pecuniárias; contra a mulher penas mesmo pessoais.

---

116 Gell. IV, 3; XVII, 21; Dionys. II, 72; Valer. Max. II, 1, 4.

117 Entre outros consulte-se: Walter Rechtsgesch. T. 2p. 122. n. 66.

118 Plut. Aem. Paul. 5; Cic. Ad famil. VIII, 7; Cic. Pro Cluent. 5.

119 Cic. Top. C. 4; Vatic. Frgm. § 121; L. 4. D. de divortiis (24, 2); L. 7 D. soluto matrim. (24, 3).

120 L. 6. D. de divort. (24, 2); L. 14 § 4. D. qui et a quib. (40, 9).

121 Cic. De oral. I, 40, 56.

122 L. 9. D. de divort. (24, 2); L. 43. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5).

123 Gai. I, 137.

124 Gai. I, 115, 195; Festus v. remancipatam.

Neste sentido legislaram Constantino[125], Honorius, Constantius[126], Teodósio II[127], Valentiniano III[128] e Justiniano[129]. Assim, pois de Constantino por diante procuraram os imperadores acabar com os abusos relativos ao divórcio, e diferenciavam-se nos últimos tempos os seguintes casos: *Divortium communi consensu*. Este divórcio foi permitido até o tempo de Justiniano[130]; depois por ele proibido[131]. *Divortium bona gratia*[132]. Quando promovido por uma das partes por motivo plausível, e não por culpa sua. Como causas conheciam-se: a impotência, segundo Justiniano depois de dous ou três anos de prova; e o cativeiro. Constantino permitiu à mulher divorciar-se, quando o marido partindo para a guerra a deixava por quatro anos sem notícias suas. Justiniano, porém, prorrogou o tempo a dez anos[133], até que por último proibiu o divórcio por semelhante motivo[134]. *Repudium*; tinha lugar por morte feita pelo marido, destruição de túmulos, e adultério; por ordem de Constantino[135]. Depois fizeram-se modificações; e Juliano restabeleceu outra vez o direito antigo[136]. Honório, porém, fez algumas restrições[137]. Teodósio II restabeleceu (439) o direito do terceiro período; porém, depois (449) o de Constantino, e determinou as causas do divórcio; morte, adultério, e outros crimes, maus-tratos, vida misteriosa, e até mesmo se a mulher desobedecendo ao marido fosse a jogos públicos[138]. Justiniano tendo recebido este direito fez-lhe depois modificações pela Nov. 114 c. 14. Por direito justinianeu, maus-tratos não eram motivos para divórcio, e por

---

125 L. 1 C. th. de repud. (3, 16).
126 L. 2. C. th. eodem.
127 Nov. Theod. Tit XII, de repudiis; L. 8. C de repud. (5, 17).
128 Nov. Valent. Tit. XXXIV, de episc. jud
129 L. 10. 11. § 1. 2. C. de repud. (5, 17); Nov. 22 c. 4, 15; Nov. 117 c. 8, 9, 13; Nov. 127 c. 4; Nov. 134 c. 11.
130 L. 9. C. de repud. (5, 17).
131 Nov. 117, c.10. Nov. 134 c. 11.
132 L. 7, 10 C. de repud. (5, 17).
133 Nov. 22. c. 14.
134 Nov. 117 c. 11.
135 L. 1. C. Th. de repud. (6, 13).
136 L. 2. C. Th. de dotib. (3, 13).
137 L. 2. C. Th. de repud. (3, 16).
138 L. 8. C. de repud. (5, 17).

esse motivo o marido só era obrigado a entregar à mulher 1/3 da *donatio propter nuptias*. Honorius ordenou que se fosse a mulher a parte culpada que perdesse o dote; e então que fosse o marido que perdesse a *donatio propter nuptias*. Segundo Teodósio II quem se divorciasse sem motivo plausível perdia do mesmo modo o *dote*, ou a *donatio propter nuptias*; e dado o caso de não haver uma ou outra cousa: 1/4 dos bens (não excedendo jamais a 100 £ de ouro)[139]. O que depois foi reduzido a só 1/3[140]. Finalmente pela Nov. 134 c. 11, aquele que se divorciasse ilegalmente quer fosse o marido, quer a mulher devia recolher-se a um convento, e uma parte de seus bens era destinada aos herdeiros legítimos, e outra parte para o convento.

VI. LUTO E SEGUNDAS NÚPCIAS

§ 44. Para a mulher a morte do marido trazia-lhe o dever de pôr luto, assim como por outros parentes mais próximos. O luto consistia em renunciar ela a enfeites, adornos, e festins[141]. O luto durava um ano de dez meses[142].

Era proibido à viúva passar a segundas núpcias durante o luto[143]. Infringindo a viúva esta lei, tinha lugar infâmia *ex adicto praetoris*, não precedendo licença do Senado. A infâmia recaía sobre o pai da mulher e seu segundo marido, porquanto: nos tempos primitivos não havia infâmia para ela[144]. Depois, porém, a mulher sofria também a pena, e era infame[145]. Esta pena não era por causa do luto, mas para evitar a *turbatio sanguinis*[146].

Augusto mandou que as mulheres, só três anos depois da morte do marido, pudessem passar a segunda núpcias[147]; o que depois reduziu a dous anos[148]. Calígula permitiu no dia de seus anos que antes de completar o tempo do luto, pudessem as mulheres tornar a casar contanto que não esti-

139 L. 11 pr. § 1. C. de repud. (5, 17).
140 Nov. 117 c. 18.
141 Paul. Sent. I, 21, § 14.
142 Macrob. Saturn. I. 12.
143 Plut. Numa. 12.
144 Vatic. Frgm. § 320, 321.
145 Vatic. Frgm. § 320; L. 15. C. ex quib. caus. inf. (2, 12).
146 L. 11 § 2. D. de his not. (3, 2).
147 Sueton. Aug. 34.

vessem grávidas, por dever-se evitar a *turbatio sanguinis*[149]. Não podia pois a viúva passar a segundas núpcias antes da possibilidade de se saber que trazia no ventre filho do primeiro marido, sendo o tempo de dez meses, e segundo Teodósio de doze[150]. Logo que nascia a criança deixava de vigorar tal proibição, o que se não deve confundir com o luto, porque este continuava[151].

Entre os romanos honrava-se a viúva que não tinha passado a segundas núpcias; e a expressão *univira* era como sinônima de *castíssima*. A estátua da *Pudicicia* em Roma não podia ser tocada, nem coroada senão por aquelas mulheres, que só tinham casado uma vez[152]. A viúva que tornava a casar não ousava cingir a fronte com uma corôa[153]. Entretanto, a *Lex Julia et Papia Poppaea* exigia um segundo casamento.

De Constantino em diante acrescentaram-se às segundas núpcias certas desvantagens jurídicas (*poenae secundarum nuptiarum*), o que era mais em consideração aos filhos do primeiro leito; e por isso entendia-se também com o marido[154]. Constantino ordenou que o marido logo que passasse a segundas núpcias perdesse o usufruto daqueles bens, que aos filhos pertenciam por sua mãe. Direito este que só foi revogado pelo imperador Leão[155]. Constantino também tirou à *binuba* o direito de revogar as doações, que tivesse feito aos filhos do primeiro matrimônio por ingratidão destes[156]. Teodósio, Graciano e Valentiniano mandaram: que a mulher só tivesse o usufruto do *lucrum nuptiale*, e o deixasse sem indenização aos filhos do primeiro matrimônio. O mesmo mandaram Teodósio e Valentiniano. Que se entendesse com o marido[157]. Finalmente, Leão I mandou que um *binubus* não pudesse dar ao segundo esposo mais do que aquilo que um filho do primeiro leito dele recebesse[158].

149 Vatic. Frgm. § 320 e seguintes.
150 L. 2. C. de sec. nupt. (5, 9).
151 L. 11 § 2. D. de his qui not. (3, 2).
152 Festus. V. pudicitiae signum.
153 Serv. Ad Virg. Aen. XI, 476.
154 L. 3-9. C. de sec. nupt. (5, 9).
155 L. 4. C. de matern. bon. (6, 60).
156 L. 7. C. de ver. don. (8, 56).
157 L. 5. C. de sec. nupt. (5, 9).
158 L. 6. C. eod.

. . . .

Capítulo IV

TUTELA

I. TUTELA *IMPUBERUM*

§ 45. As pessoas que não estando sujeitas a uma *potestas*, e cuja independência se tornava perigosa já no próprio interesse, já no de seus herdeiros, ou que pela sua idade precisava ainda da ajuda de outra para usar de seus direitos – para elas se instituía tutela; que pelo direito primitivo tinha também a forma de um poder[1].

A uma tutela estavam sujeitos *impuberes* e *mulieres*, e isto sempre que o não estivessem a algum poder como a *manus*, ou *mancipium*; e como não fossem capazes de empreender negócios tornava-se necessário que o direito civil por qualquer modo lhes desse essa capacidade, o que, porém, só poderia ter lugar sujeitando-os a outro poder: este poder chamava-se *tutela*; impúberes em tutela chamavam-se *pupilli*; e *tutores* chamavam-se aqueles que tinham esse poder. A *tutela mulieres* era um *jus*, podia ser reivindicada,

---

1 Gai. I, 142, 143, 189; Ulp. XI, 1; L. 1. D. de tutel. (26, 1); pr. § 1. 2. J. de tutel. (1, 13).

e também cedida *in jure*[2]. Não era ela, porém, uma *potestas*, e por isso podiam ser tutores mesmo pessoas dependentes da própria mulher, e é o que claramente manifesta não ter a *tutela mulierum* o caráter de uma *potestas*. O contrário, porém, era a *tutela impuberum*, que conforme o direito romano antigo era uma *potestas* sobre a pessoa[3]. A tutela diferencia-se dos outros poderes em nada ter ela com a família, podendo também até mesmo latinos estarem sob tutela[4]. O seu característico consiste na *interpositio autoritatis* do tutor. Para esta interposição da autoridade não havia formalidades prescritas, e podia ter lugar estando o tutor presente[5], não podia entretanto o tutor interpô-la *in rem suam*, em negócio em que fosse parte[6].

Portanto o pupilo só com seu tutor é que podia formar uma pessoa completa com relação à capacidade jurídica. Ao tutor podia também ser transferida a administração dos bens, o que ordinariamente assim acontecia. Com relação aos impúberes tanto a *auctoritas* como a *administratio* eram confiadas ao tutor, por isso que eles pela sua idade eram incapazes.[7] Os pupilos necessitavam de *autoritas tutoris* pela incapacidade de já administrarem os seus bens. A *tutela impuberum* ou era *legítima*, ou *testamentária*, ou *dativa* conforme o modo por que fosse deferida.

Legítima tutela. Pela Lei das XII Tábuas chamavam-se para tutor certas pessoas, *tutores legitimi*, e eram os herdeiros mais próximos sendo pessoas idôneas. De um ingênuo eram os agnados mais próximos[8]. De libertos o patrono, ou seus filhos[9]. Entretanto, era chamado aquele que tinha *dominio ex jure quiritium* sobre o escravo, ainda mesmo quando só fosse o *nudum jus quiritium*[10]. A pessoa que manumitia ao que se achava em

---

2 Ulp. XIX, 11.

3 Assim define Servius: Tuetela (impuberum) esta c potestas in capite libero ad tuendam eum qui propter aetam se defendere nequit, jure civile data ac permissa. L. 1. pr. D. de tutel. (26, 1).

4 Gai. I, 167; Vatic. Frgm. § 193, 221.

5 L. 9 § 6. D. de ann. tot. (26, 8).

6 L. 7 pr. D. eod.

7 Ulp. XI, 25.

8 Gai. II, 155-157, 164; § 2. J. de legit. Aganat. Tut. (1, 15).

9 Gai. I, 165; Ulp. XI, 3.

10 Gai. I, 167; Ulp. XI, 19.

mancípio era a quem cabia a tutela, e chamavam-se esta *tutela fiduciaria*[11]. Se fosse o próprio pai manumissor, o que assim ordinariamente acontecia pela emancipação a sua tutela era igual em direitos à *tutela legitima* do patrono[12]. Justitniano tendo feito modificações pela Nov. 118 ao direito de sucessão, por ele se devia então regular a *tutela legitima*[13]. Pelo direito antigo esta tutela era um direito dos tutores, e em interesse seus como agnados; pelo moderno era ela simplesmente um dever.

Tutela testamentária. Já a Lei das XII Tábuas dava ao pai o direito de nomear por seu testamento um tutor aos *sui impuberes*[14]. Tanto o testador como o tutor deviam ambos ter a *testamenti factio*[15]: e um *latinus junianus* podia ser seu tutor[16], menos por testamento[17]. A nomeação do tutor era feita no testamento com fórmulas determinadas (*tutorem do, tutor esto*)[18]. Os sabinianos diziam que a nomeação do tutor não devia preceder a do herdeiro; os proculianos sustentavam poder ser feita ainda mesmo antes[19]. Podia ter lugar até mesmo em codicilos[20]. O tutor nomeado podia excusar-se da tutela, ou mesmo depois abdicá-la[21].

Tutela dativa. À *gens* competia por direito antigo tomar conta da tutela na falta de um testamento, e na de agnados. No segundo período era na falta destes a nomeação feita por um magistrado, porém, a *datio tutoris* não estava compreendida na jurisdição ou *imperium* do magistrado, devendo a *datio* ser concedida especialmente por lei[22]. « *Tutoris datio neque imperii est neque jurisdictionis sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel*

---

11 Gai. I, 115, 166, 195; Ulp. XI, 5.
12 Gai. I, 172, 175; L. 3 § 10. de legit. Tut. (26, 4); tit. J. de legit. Parentel. Tutel. (1, 18).
13 Nov. 118. c. 4.
14 Ulp. XI, 14.
15 Gai. I, 23; Ulp. XI, G; Vatic. Frgm. § 172.
16 Vatic. Frgm. § 193.
17 Gai. I, 23; Ulp. XI, 16.
18 Gai. I, 149.
19 Gai. II, 231; § 3. I. qui testam. (1, 14).
20 L. 3. 8 pr.; L. 34. D. de test tut. (26, 2).
21 Ulp. XI, 17.
22 L. 6. § 2. D. de tutelis (26, 1).

Lex, vel senatusconsultum, vel princeps» Tinha lugar a *datio tutoris* pelo *praetor urbanus* por via da *Lex Atilia* com admissão da maior *pars tribunorum plebis*, que deviam constituir o seu concílio pelo que dissesse respeito à tutela – *tutor atilianus*. Pelo presidente, *praeses*, da província, pela *Lex Julia et Titia*[23]. No terceiro período por constituições dos príncipes eram os tutores nomeados também por outros magistrados, e eram estes os consules[24], assim como houve também *praetores tutelares* especiais. Depois obtiveram também a *datio tutoris* os magistrados municipais[25]. Em primeiro lugar era chamado o *tutor testamentario*; depois se chamavam os *legitimi*, que, porém, ainda o não eram, dando-se o caso de haver incerteza de ser deferida a tutela testamentária, e tendo lugar provisoriamente uma *datio* da parte do magistrado[26]. O ofício do tutor abrangia duas cousas: interposição da autoridade e administração[27]. A primeira era com relação aos negócios jurídicos, os quais pelas formalidades de direito entre os romanos deviam ser empreendidos pelo pupilo em pessoa. Comparecia o pupilo, deixavam-no falar, e o tutor que a seu lado estava, revalidava tudo o que por ele tivesse sido feito[28]. Naturalmente o pupilo devia compreender as palavras, e poder repeti-las; e se era menor de sete anos então o tutor era quem sozinho tudo fazia, vindo tudo a ter validade para com o pupilo[29], se bem houvesse suas dificuldades pelas formalidades exigidas pelo antigo direito.

Pela administração dos bens estava o tutor obrigado a bem administrá-los, e ser tão diligente como um *bonus pater familias*[30]. Devia o tutor prestar contas; e contra ele tinha lugar uma *tutelae actio*[31]. Esta ação contra o tutor era uma *actio famosa*[32]. A seu favor tinha ele uma *actio contraria*[33].

---

23 Gai. I, 185, 186, 187; Ulp. XI, 18, 19.
24 Vatic. Frgm. § 155.
25 L. 3. D. de tutel. Dat. (26, 5).
26 L. 11 pr. D. de test. Tut. (26, 2).
27 Ulp. XI, 25, 26.
28 Gai. I, 184.
29 L. 1 § 2; L. 2. pr. D. admin. (26, 7); L. 7. D. quando ex facto (26, 9); § 9. 10. 1. de inutil. Stipulat. (3, 19); L. 18 § 2. 4. C. de jure delib. (6, 30).
30 L. 10. D. de admin. Tut. (26, 7).
31 Gai. I, 191; IV, 62; L. 1 pr. § 3; L. 4 pr. D. de tut. Act. (27, 3); L. 2. C. de hered. Tut. (5, 54).
32 Cic. de or. I, 37.
33 L. 1. pr. D. de contr. Tut. (27, 4).

Os pupilos eram postos a abrigo da possibilidade da má administração: em primeiro lugar pela *remotio*. A Lei das XII Tábuas dava uma ação contra os tutores *suspecti crimen*, ou *postulatio*, uma *quasi publica accusatio*[34]. Os consultores eram obrigados a fazê-lo, e também o magistrado *ex officio*[35]. A remoção ou tinha lugar *cum infamia* por *culpa lata*, ou *sine infamia*, por incapacidade do tutor. Em segundo lugar, limitando-se a administração. Na administração estava incluído o direito de alienação (exceto a doação), o qual era ilimitado por direito antigo. Um senatusconsulto do tempo de Severus ordenou que não pudesse ter lugar alienação alguma de *praedia rustica*, e *suburbana*, sem um decreto do *praetor urbanus* tendo precedido uma *causa cognitio*, e provado a necessidade que disso havia[36]. Estendeu-se depois este princípio aos escravos de um *praedium rusticum*, e Constantino compreendeu todas as cousas de valor excetuando, porém, aquelas que se pudessem porventura deteriorar[37]. Justiniano também proibiu de receber ele pagas sem ter um decreto para isso, porém, com muitas exceções[38]. Em terceiro lugar por *satisdatio* do tutor. Devia ele prestar caução e fiador, *rem pupillam salvam fore*. Excetuavam-se os casos seguintes: se o tutor fosse *testamento datus*[39]; se o patrono e seus filhos eram também excetuados, é duvidoso; a opinião, porém, mais seguida era que se devia ter em consideração as relações individuais, e assim a posição, e a fortuna do patrono[40]. Em quarto lugar por uma hipoteca legal em tudo o que pertencesse ao tutor[41]. E finalmente, por fiança.

Incapazes de ser tutor eram as mulheres; e no terceiro período por concessão especial só podiam ser nomeadas a mãe e a avó[42]; o que foi recebido pelo direito justinianeu como regra geral, contanto que não passassem a segundas núpcias[43]; também escravos e peregrinos. Tais eram

34 Cic. de off. III, 17; L. 1 § 2. D. de susp. tut. (26, 10).
35 L. 3. § 4 D. eod.
36 L. 1. D. de reb. Eorum qui sub tut. (27, 9).
37 L. 22. C. de adm. Tut. (5, 37).
38 L. 25. C. de adm. tut. (2, 37); § 2. I. quib. al. (2, 8).
39 Gai. II, 200; pr. I. de satisd. Tut. (1, 24).
40 L. 5. § 1. D. de leg. Tut. (26, 4).
41 L. 20. C. de adm. tut. (5, 37).
42 Gai. I, 195; L. 16 pr.; L. 18 D. de tutel. (26, 1).
43 L. 2. C. quando mul. (5, 35); Nov. 118 c. 5.

as pessoas que por direito antigo eram incapazes *ipso jure* de serem tutores. Não se olhava para as incapacidades físicas, e isto porque pelo espírito do direito antigo era a tutela um direito pelo qual podiam menores, furiosos, surdos, mudos, e ausentes serem tutores quando fossem chamados pela lei. Unicamente em casos especiais no impedimento destas pessoas se pedia então um tutor. Depois, tendo este direito sofrido modificações, estabeleceram-se as seguintes regras: primeiro, o tutor nomeado pelo magistrado era e foi sempre então por diante considerado como não tendo a tutela de direito, e sim por interesse do pupilo, pelo que se exigia que fossem pessoas, que na gerência dos negócios do pupilo pudessem exceder-se em habilitações. Foram excluídos os *muti, surdi, furiosi, impuberes*; e não podia o noivo ser tutor da noiva[44]. devia o magistrado afastar aquele tutor que sendo incapaz embora fosse chamado por lei, ou por testamento[45].

Justiniano finalmente ordenou que não pudessem certas pessoas ser chamadas a ser tutor[46]: menores soldados, bispos, monges[47], e além destes os credores e devedores do pupilo[48].

A tutela tornou-se pois um *munus civile*, aceitá-la um dever. Entretanto, davam-se motivos para *excusationes*, sendo a maior parte deles o mesmo que os das outras *munera personalia*. Podia excusar-se quem tivesse três, quatro, cinco filhos[49]; *senatores, magistratus, grammatici, sophistae, rhetores, legum doctores* em Roma, *medici*[50]. Além destes motivos ainda outros havia, e assim o não saber ler, nem escrever[51]; *paupertas*[52]; *tria onera tutelae*[53]. Quem já tivesse servido na tutela podia excusar-se da curatela[54].

44 L. 21. § 6. D. de tut. Dat. (26, 5).
45 L. 10 § 1. D. de legit. Tut. (5, 30).
46 L. 5. C. de leg. tut. (5, 30); § 13 I. de excusat. (1, 25).
47 L. 25. C. de ep. Et cler. (1, 3); Nov. 123 c. 5.
48 Nov. 72. c. 1; Nov. 99. c. 1.
49 L. 1. C. qui numero lib. (5, 66); Vatic. Frgm. § 247.
50 L. 27 § 1. D. de tut. Dat. (26, 5); L. 1 § 4. D. de excusat. (27, 1).
51 § 8. I. de excusat. (1, 25).
52 Vatic. Frgm. § 240; L. 7. D. de excusat. (27, 1).
53 Vatic. Frgm. § 125; L. un. C. qui numero tut. (5, 69).
54 Vatic. Frgm. § 188-200; Paul, II, 27, 2; § 18 I. de excus. (1, 25).

II. TUTELA *MULIEBRIS*

§ 46. Assim como se dava uma tutela *impuberum*, assim também conhecia o direito romano antigo uma tutela sobre as mulheres, as quais mesmo quando maiores por várias considerações estavam sempre sujeitas a uma tutela[55].

A mulher logo que não estivesse sujeita a uma *potestas*, ou *manus* devia tanto quanto vivesse estar sujeita a um tutor. Esta tutela era concedida pela lei aos agnados, ao patrono sobre a sua liberta, e ao manumissor sobre a liberta *ex-mancipio*[56]. Esta tutela não era dada em o interesse tanto da mulher como o era em parte no dos agnados, e herdeiros mais próximos, a fim de lhes conservar os bens, e em parte em razão dos bons costumes[57]. Os tutores *mulierum* não tinham a administração por competir esta à própria mulher, e daí vinha não haver nem prestação de contas, nem um direito de ação contra o tutor[58]. Eles só tinham a interpor a sua *auctoritas* em casos determinados: como fosse para poder ela alienar uma *res mancipi*[59]; empreender um *civile negotium*[60], uma *in jure cessio*[61], uma manumissão[62], *acceptilatio*[63], para a *coemptio*[64], para poder constituir um dote[65], e em geral sempre que a mulher se quisesse obrigar de uma maneira válida[66]. Os *tutores legitimi* não podiam ser obrigados a dar a *auctoritas*: o que, porém, podia ter lugar *ex-magna causa*[67]. Eles podiam pela *in jure cesio* deferir a tutela – *tutor cessicius*[68]. Por uma exceção, as virgens vestais não estavam em tutela;

55 Gai. I, 144, 190, 190, 192; Ulp. XI, 1.
56 Ulp. XI, 3, 5.
57 Gai. I, 189, 190.
58 Gai. I, 190, 191.
59 Ulp. XI, 27; Gai. I, 192; II, 47, 80; Vatic. Frgm. § 1.
60 Ulp. XI, 27.
61 Vatic. Frgm. § 45.
62 Ulp. I, 17.
63 Gai. II, 85, III, 171.
64 Gai. I, 195; Ulp. XI, 22.
65 Gai. I, 178, 180; Ulp. XI, 20, 21.
66 Gai. I, 192; III, 91, 108; Ulp. XI, 27.
67 Gai. I, 192.
68 Gai. I, 168-172; Ulp. XI, 6-8.

e assim pela *Lex Julia et Papia* também aquelas mulheres que tivessem o *jus liberorum*, sendo ingênua tendo três filhos; e sendo libertina quatro[69].

Para exclusão da tutela legítima bastava que o pai nomeasse um tutor testamentário, que servisse mesmo depois de ser já maior a filha[70]. Tanto quanto ele vivesse era excluído o tutor *legitimus*.

O mesmo direito que o pai, tinha o marido pela *conventio in manum*. Podia o marido dar à mulher a *tutoris optio*, permissão para se escolher um tutor. Chamava-se *optio plena* quando a mulher podia escolher um tutor sempre que precisasse, e *augusta* quando só o podia fazer determinadas vezes. Os tutores escolhidos pela mulher chamavam-se *tutores optivi*, em contraposição ao nomeado pelo testador, *dativi*[71].

A mulher podia livrar-se da *tutela agnatorum* por meio da *coemptio cum extraneo fiduciae causa*. Era este então *tutor fiduciarius*. Também se estendia à *tutela mulierum* a *Lex Atilia*[72], ela ordenava tutores na falta completa de todos os outros. A *Lex Claudia* acabou com a tutela dos agnados sobre as mulheres. Ficou ainda tida como *tutela legitima* a dos patronos, e do *parens manumissor ex-mancipio*. Além destas só havia testamentárias ou da nomeação do magistrado[73]. No quarto período a *tutela mulierum* desapareceu, porém, não se sabe quando. Dela ainda se fez menção em um edito de Diocleciano[74]. Tanto no Código Teodosiano como justinianeu não se faz dela menção.

III. *CURATIO*

§ 47. Logo que alguém não podia estar à testa de seus negócios, e se fazia necessário transferir a administração de seus bens, tinha sempre lugar a *curatio*. O curador diferenciava-se do procurador em ser este último todo particular, e dependente da vontade do *dominus.* A *curatio* era um *munus publicum*, e o curador um administrador nomeado publicamente.

---

69 Gai. I, 115, 145, 194.
70 Gai I, 144, 145.
71 Gai. I, 150-154.
72 Ulp. XI, 18.
73 Gai. I, 157, 171, 172.
74 Vatic. Frgm. § 325.

O curador tinha a administração dos bens, e o curando como que debaixo deste ponto de vista estava sob a sua direção; ao passo que o procurador era quem estava sob a direção do *dominus*[75].

Cura furiosi. A Lei das XII Tábuas mandava que se chamassem os agnados, e *gentiles* do furioso[76]. Era esta uma *cura legitima*. Na sua falta era a nomeação então feita pelo magistrado[77]. Por um rescrito de Marco Aurélio, quando o pai tivesse indigitado em testamento um curador devia o pretor fazê-lo[78].

Cura prodigi. A Lei da XII Tábuas mandava que aquele que publicamente fosse tido por pródigo, contra ele se proferisse a interdição e fossem seus bens colocados sob a curatela dos agnados[79]. Esta cura, por analogia da *cura furiosi*, era considerada como *legitima* quando por ventura o pródigo viesse a herdar *abintestado* de seu pai, porque não se dando esse caso devia então o pretor nomear o curador[80]. Não se dando isto, porém, era a nomeação feita pelo magistrado[81]. A jurisprudência concedeu que o curador nomeado pelo pai em testamento fosse conservado pelo magistrado[82], como acontecia na *cura furiosi*.

Cura minorum. Tendo a simplicidade desaparecido com a pureza dos costumes, a mocidade tornava-se cada vez mais necessitada de proteção, de maneira que os que fossem menores não se arruinassem. Porém, até que o menor chegasse a ser considerado como pródigo, podia já ter esbanjado a maior parte da sua fortuna; e foi isto o que a *Lex Plaetoria* teve em vista prever. Esta lei mandava que a fraude contra os menores de 25 anos[83], desse nascimento a uma ação criminal que trazia após si infâmia. Proibiu

---

75 L.3. C. de in int. (2, 22).
76 Ulp. XII, 1. 2; Gai. II, 64.
77 L. 8 § 3; L. 12 pr. D. de tutor. Et curat. (26, 5); L. 1. 2. 6. 13. D. curat. (27, 10); § 3. 4. I. de curat. (1, 23).
78 L. 16 pr. D. de curat. (27, 10).
79 L. 1. pr. D. de curat. (27, 10); Ulp. XII, 1. 2.
80 Ulp. XII, 3.
81 Ulp. XII, 3; L. 1. 3. D. de curat. (27, 10); § 3. I. de curat. (1, 23).
82 L. 16. D. de curat. (27, 10).
83 L. 2. C. Th. de donat. (8, 12).

ela estipulações e empréstimos de dinheiro feitos a menores quando estes não tivessem pedido ao magistrado um curador, e obtido *certis ex causis*. Marco Aurélio mandou que menores a pedido seu obtivessem sem *causa* determinada um curador[84]. Não se podia dar curadores a menores contra a sua vontade, *inviti non accipiunt curatorem*; excetos os casos em que outros tiverem o direito de exigi-lo como por exemplo *in citem*, e do mesmo modo o devedor que quer pagar[85].

A curatela acabava na pessoa do curador tal qual a tutela. Na pessoa do curando por *capitis diminutio*; e por extinção da *causa*. A *cura furiosi* extinguia-se logo que o furioso sarava; e do mesmo modo a *cura prodigi*, com as melhoras destes[86]; a *cura minorum* com os 25 anos, ou já no terceiro período, com a *venia actatis*[87].

O curador não tinha que interpor a sua autoridade, e só sim o seu consentimento que não é senão uma parte da administração.

---

84 Gai. I, 197, 198.
85 Ulp. XII, 4; § 2. I. de curat. (1, 23).
86 L. 1. pr. D. de cur. fur. (27, 10).
87 L. 1 § 3; L. 3 pr. D de minor. (4, 4).

Livro II

. . . .

Direito das cousas

CAPÍTULO I

DO DOMÍNIO

§ I. DA POSSE E DA BONAE FIDEI POSSESSIO

48. CONSIDERADAS AS COUSAS como objetos destinados para o domínio do homem, elas existem para ser submetidas à sua vontade. Esta sujeição se manifesta primeiramente como um fato, sendo o poder factício sobre a cousa o resultado dele; e a isso chamamos a posse de uma cousa. A posse, porém, como um fato, não tem desenvolvimento histórico.

Quer Niebuhr que se procure a origem da posse no *ager publicus*. Eram estes terrenos pela maior parte distribuídos a particulares de modo que o Estado conservava sempre a propriedade, e recebia dos possuidores um imposto; foram estes terrenos chamados *possessiones*; e é a esta expressão que se refere a definição que dá Gallus Aelius: *possessio est usus quidam agri aut aedificio non ipse fundus aut ager*[1]. A forma da cessão nos tempos mais antigos, quando ainda os patrícios eram exclusivamente privilegiados, era a *occupatio* por concessão do Estado; depois pelos censores por meio da *locatio*. Crê-se que estes possuidores, *possessores*, tivessem tido uma garantia por via

---

1 Festus, v. possessio.

dos interditos possessórios; e então concluiu-se que desta primitiva aplicação os interditos se estendessem mais tarde às *res mobiles*. Esta hipótese, porém, só se funda na palavra *possessio*. A posse, diz Puchta, de um *ager publicus*, e a posse a que se fez a aplicação dos interditos possessórios, são bem diferentes. Aquela funda-se em uma causa justa, concessão do Estado; e esta é independente da *causa*. Além disto, em parte alguma se faz menção da conexão entre os interditos possessórios, e o *ager publicus*; até pelo contrário encontramos para este outro interdito, que não é possessório, e que foi introduzido para garantia do possuidor – *interdictum de loco publico fruendo*[2]. Tanto baste para tornar esta hipótese de nenhum fundamento.

Na indagação, pois, da origem da *possessio* em Roma não nos devemos importar da posse do *ager publicus*, nem da posse da propriedade de peregrinos, mas dos casos em que fosse o domínio possível; porquanto só então se poderá conceder a independência da posse, em contraposição a este. Ainda mais, não se trata do usucapião da posse; porquanto o usucapião não é puramente factício, e conseqüentemente não constitui com relação ao domínio relações completamente distintas; antes até mesmo ainda mais com ele se liga. Para garantia de uma simples posse dava, porém, motivo, e este bastava nos tempos mais remotos de que temos notícia, a decisão sobre o papel das partes sobre a posse até decidir-se do direito de propriedade: daqui veio estabelecer-se depois os *intredicta retinendae possessionis*, dos quais se originaram mais tarde ainda os *interdicta recuperandae possessionis*.

Como análoga ao domínio aparece a *bonae fidei possessio*, que vinha a ser quando alguém *justo titulo*, e em boa fé, tinha havido a cousa de um não *dominus*. O *bonae fidei possessor* não se tornava *dominus*; tinha só a seu favor já por direito antiquíssimo, em primeiro lugar o usucapião pelo qual vinha adquirir depois o domínio quiritário; e era indiferente ser a cousa *res mancipi*, ou *res nec mancipi*[3]; em segundo lugar, depois que pelos pretores foi dada a *actio publicana*, o *bonae fidei possessor* podia usar dela mesmo ainda antes de completar o usucapião[4].

---

2 L. 1. pr. D. de loco público fruendo (43, 9).
3 Gai. II, 43, 44; Ulp. XIX, 8.
4 Gai. IV, 36; L. 1. D. de Public. (6, 2).

II. DAS DIFERENTES ESPÉCIES DE DOMÍNIO

O domínio quiritário na antiga Roma era conhecido como o único e verdadeiro, e só em *res mobiles* se dava um domínio privado. O Estado era exclusivamente quem tinha o domínio; os particulares só eram considerados possuidores e usufrutuários, tal era a *possessio* de uma parte do *ager publicus* na sua forma primitiva. Esse domínio privado de uma *res mobilis* era designado pela fórmula: *moem est ex jure Quiritium*. Foi só com a influência do elemento plebeu que desapareceu completamente esse direito exclusivo de propriedade do Estado; o *jus Quiritium* estendeu-se de então por diante sobre todo o terreno, e só permaneceu *ager publicus* uma parte dele. Entretanto, a expressão *possessio* era ainda empregada para aqueles terrenos que não estavam compreendidos no *jus Quiritium*. À proporção que o Império romano se foi dilatando, estabeleceu-se o princípio de que não era possível o *jus Quiritium* em terrenos provinciais; o que, porém, não impedia haver um direito sobre eles análogo ao domínio quando porventura esses terrenos não fossem para o Estado, distinguindo-se neles assim também (embora se possa dizer ser propriedade do Estado todo terreno provincial) o *ager publicus*[5], do *ager privatus*. O domínio do último, como bem o podemos chamar, era designado do mesmo modo que a posse do *ager publicus* pelo nome *possessio*.

O *jus Quiritium* era só possível aos que tinham o *commercium* (*juris civilis*); isto é, *cives romani, latini*; e não aos peregrinos, a menos que por exceção não lhes fosse o *commercium* especialmente concedido. Demonstram estas restrições que além do *jus Quiritium* havia outro *dominium*, ou cousa análoga reconhecida para os terrenos provinciais, assim como para os peregrinos. A este domínio não quiritário em terrenos provinciais deu-se o nome de *possessio*, até que mais tarde foi chamado *dominio*[6]. Gaius serviu-se desta mesma expressão para exprimir o domínio de peregrinos[7]. Assim também se referiam a este domínio outras denominações, como, por exemplo, *res ejus est*; só não se acrescentava: *ex jure*

5 Gai. II, 40.
6 Vatic. Frgm. § 315, 316.
7 Gai. II, 40.

Quiritium. Os peregrinos tinham a seu favor uma *in rem actio* perante o *praetor peregrinus*, ou pretor da província com intenção: *si paret rem actoris esse*. Entre os próprios romanos, pois, e nas cousas mesmo capazes do domínio quiritário formaram-se dous domínios. Isto é, um *duplex dominium*: com o quiritário apareceu um domínio natural[8].

O domínio natural era ao resultado de uma restrição feita ao quiritário. Esta restrição, porém, não estava no objeto de maneira que o natural só fosse possível naquelas cousas em que não fosse o domínio quiritário, o que não é assim por ser o objeto comum tanto a um como ao outro. A restrição também não está nas pessoas, de maneira que fosse o domínio natural só para aquelas pessoas que não eram capazes do quiritário, mas não; porque entre os *cives romani* é que estes dous domínios se diferenciam; e assim também não tem conexão com o domínio dos peregrinos. A restrição consiste no modo da aquisição: como por exemplo, dando-se o caso de uma *res mancipi*, que sem *mancipio*, ou sem *in jure cessio* foi alienada por simples *traditio*[9].

As aquisições entre os romanos derivam-se em parte do *jus civile*, e em parte do *jus gentium*[10]. É preciso conceder que houvesse um tempo em que para se tornar valioso perante o magistrado o direito de

---

8 Gai. l. c. Zimmern em o Rhein. Mus. III nº 19 e seguintes, nega ter o *in bonis* o caráter do domínio, e quer que unicamente seja considerado como uma posse garantida. Os romanos tinham reconhecido um *duplex dominium*, mas isso não era com referência ao bonitário, e quiritário, diz ele, e sim ao *nudum jus Quiritium*, e ao *dominium ex utroque jure*. Vangerow não admite esta opinião e quer que as mesmas fontes em que Zimmern se apóia sirvam para combatê-lo (Gai I, 54; II 40); por isso que diz uma delas: ita demum servum in potestate domini esse dicemus si in ejus bonis sit; assim muito claramente se diz que aquele que tem o *in bonis* sobre o escravo é chamado *dominus*. Da mesma maneira Justiniano na L. un. C. de nudo jure Quirit. toll (7, 23), e Theophilus ad § ult. I. de libert. Fala terminantemente de um φυσιχη δεςποτεια, e um δεςποτης βονιταριος: compare-se a L. 15 § 16, 17, 33 de dano infecto (39, 2). E finalmente Gaius e Ulpianus em muitos lugares usam para o domínio bonitário das expressões: *meum*, *tuum*, *nostrum est*. Gai. I, 167; II, 41. Ulp. XXII, 8. Consulte-se v. Vangerow, Leitfaden f. Pandekten Vorles. T. 2. p. 475.; Mayer sobre o *duplex dominium* do direito romano, em a Zeitschr. Für gesch. R. W. VIII., p. 2, e seguintes.

9 Gai. II, 41.

10 Gai. II, 65; L. 1. pr. L. 53. D. de adqu. dom. (41, 1).

propriedade ter sido preciso apelar para uma aquisição *ex jure civile*. Podia, entretanto, acontecer não se poder judicialmente ser reconhecido *dominus*. Suponhamos ter alguém comprado um escravo ou um cavalo, e que só pela *traditio* os têm em seu poder antes de ter completado o usucapião. Os antigos romanos não julgavam ser injusto o negar-se-lhes a *vindicatio*, por isso que se não servira eles dos meios que lhes ofereciam para que fosse válida a sua aquisição; e até mesmo aquele que alienara uma *res mancipi* por meio de simples *traditio* conservava contra aquele que a tinha em seu poder não só o direito de propriedade como também o de reivindicação. Acudiu, porém, a isto o pretor dando ao comprador contra essa reivindicação a *exceptio do li*, que no caso de compra tinha o nome particular de *exceptio rei venditae et traditae*. Ora, entendeu-se que esta garantia se não limitava simplesmente à venda, e estendia-se do mesmo modo quando havia uma obrigação entre o *dominus ex jure quiritium*, e o possuidor pela qual aquele era obrigado a entregar-lhe o objeto, e a considerar o outro como *dominus* e não a si, concedendo o pretor uma *exceptio doli* contra a vindicação. Dado, porém, o caso de estar na posse o *dominus ex jure Quiritium*? Dava então o pretor ao incompleto possuidor uma vindicação, e contra a oposição do *dominus ex jure Quiritium* uma *replicatio rei vendictae et traditae*. Foi assim que àquele que não podia comparecer como *dominus* pelas restrições formais do *jus civile* foi-lhe concedido ser considerado como tal com relação ao efeito, e assim apareceu junto ao domínio quiritário esse segundo domínio que não se limitava aos casos em que se era *dominus* pelo *jus gentium*, e não pelo *jus civile*. O pretor viu-se levado a conceder novos modos de adquirir o domínio; considerando, por exemplo, como herdeiras, pessoas que o não eram, e que como tais também não podiam ser *domini ex jure Quiritium* da herança antes do usucapião, mas que, entretanto, já tinham o direito de vindicações do herdeiro; do mesmo modo metia ele de posse dos bens do devedor insolvente a seus credores com direito de vendê-los[11]; e assim também mandava entregar o escravo da mesma forma àquele que dele escravo sofrera dano, não tendo querido seu senhor por ele responsabilizar-se[12]. É a este domínio estabelecido pelos pretores que chamamos

11 Gai. III, 80.

12 L. 2. § 1. D. si ex nox. caus. (2, 9); L. 26 § 6. D. de noxalib. actionib. (9, 4).

natural, e que bem poderíamos chamar *pretorio*, que, porém, os romanos distinguiam pela expressão *in bonis esse*, *in bonis habere*[13].

Depois do que fica exposto podemos dizer que tem uma cousa *in bonis* aquele que para isso tiver uma garantia, e no caso de não estar de posse dela, uma ação para recuperá-la[14]. Isto assim era quando não tinha lugar uma *exceptio rei vendictae et traditae*, ou uma *exceptio doli* contra a reivindicação do *dominus ex jure Quiritium*; assim como também com relação àqueles a quem o pretor considerava como *dominus* por via da *exceptio* ou da ação, isto é, *dominus bonitarius* assim chamado. A definição do domínio bonitário é pois esta: domínio garantido pelo pretor a um *civis romanus*, ou *latinus* sobre objeto qualquer capaz de domínio quiritário; e cujo modo de adquirir era do *jus gentium*, e não o adotado pelo *jus civile*; ou que então fora concedido ou garantido pelo pretor. Daqui podemos concluir que ou se tinha a cousa *in bonis*, e ao mesmo tempo *ex jure Quiritium*, isto é, *pleno jure*, como por exemplo, quando o *dominus bonitarius* concluía o usucapião; e em regra geral quando se tivesse o *jus Quiritium*, não estando a cousa *in bonis* de um terceiro[15]. Era também possível tê-la um *in bonis*, e outro no seu domínio quiritário; e chama-se a este último, *nudum jus quiritium*[16]. O terceiro caso possível era aquele em que uma pessoa podia ter a cousa *in bonis* sem que ela estivesse no domínio quiritário de um terceiro como acontecia por certos modos de adquirir próprios do *jus gentium*. O *nudum jus quiritium* era, com relação ao bonitário, um direito nominal; assim por ele não se vinha a ter *potestas* sobre o escravo, nem faculdade de o manumitir, etc.; e só no caso de ser manumitida uma escrava do *dominus bonitarius* é que competia àquele que tinha sobre ela *nudum jus quiritium* a tutela segundo a *Lex Junia*[17].

---

13 Donde veio depois a expressão – *dominus bonitarius*, que vem em Teófilo na tradução grega δεσπότης βονιτάριος, como também *dominus quiritarius*, δεσπὸτης *ex jure quiritario*. Ao domínio quiritário chama ele ἔννομος δέσποτεια, ao *in bonis*, φυσιχὴ δεσποτεια.

14 L. 52. D. de adqu. Dom. (41, 1).

15 Gai. II, 204, e Gai. I, 54.

16 Gai. i, 54; III, 166.

17 Gai. i, 54; III, 166.

Justiniano acabou com toda diferença entre *jus quiritium* e *o in bonis*[18]. Por direito justinianeu só havia um domínio, e este podia caber a todas aquelas pessoas capazes em direito, e sobre toda e qualquer cousa que não fosse excluída do direito privado, em virtude do modo de adquirir, reconhecido por Justiniano ou por ele introduzido. Deste domínio nasceu a *civili in rem actio*, e era-lhe análoga a *bonae fidei possessio* da qual já falamos no antecedente; e a *exceptio* (e *replicatio*) *rei venditae et traditae* permaneceu para aquele que tivesse recebido o objeto de um não *dominus,* quando este ou seus sucessores quisessem fazer valioso o seu direito de propriedade contra aquele ou seus sucessores[19].

III. MODOS DE ADQUIRIR O DOMÍNIO

A – *Em geral*

§ 50. Os modos de adquirir entre os romanos ou pertenciam ao *jus civile*, e para estes prescreviam eles fórmulas solenes; ou consistiam então na aquisição da posse e tal é a forma do *jus gentium*. Segundo esta divisão que foi em Roma de suma importância, que ainda nas coleções de Justiniano se conservou, embora nestas só tenham caráter doutrinal, mencionaremos os diferentes modos de adquirir tratando de cada um de per si.

Varro[20] dá-nos a enumeração dos modos de adquirir, porém, tão somente para o domínio sobre escravos, limita-se ao quiritário. Ensina ele como o comprador se podia assegurar de ser aquele que vendia o verdadeiro dominus: « *In emtionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit, si ut debuit, mancipio abc o accepit, a quo jure civile potuit aut si in jure cessit cui potuit cedere et id ubio portuit, aut si usu cepti, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.* »

---

18 Gai. I, 167.

19 D. XXI, 3, de *exceptione rei venditae et traditae*.

20 Varro, de R. R. II, 10.

Outra enumeração e em parte mais completa é a que faz Ulpiano[21]. « *Singularum rerum dominia nobis adquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege* ». Estende-se ele sobre todas as cousas, limitando-se, porém, do mesmo modo ao *jus Quiritium*, e excluindo deste as *adquisitiones per universitatem*.

Gaius[22], porém, na enumeração que faz, inclui também os modos de adquirir do *jus gentium*.

B – *Em particular*

1. Acquisitiones civiles

a. *Acquisitiones civiles com exclusão do usucapião*

§ 51. *Mancipatio*, *nexum facere*[23], ou *per aes et libram genere*[24]. O ato tinha lugar perante cinco testemunhas, cidadãos romanos (ou latinos)[25], e de mais uma sexta pessoa da mesma condição, que segurava uma balança, e era chamado *libripens*[26]. O que adquire (*qui mancipio accipit*) aprendia o objeto com estas palavras: *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra*; e atirava com um pedaço de metal, *aes s. raudusculum*, na balança (*raudusculo libram ferito*)[27]; o que ela dava ao mesmo tempo como preço ao vendedor[28].

Se bem isto feito estivesse o essencial concluído, ordinariamente, porém, acaba-se o ato com uma interpretação feita a uma pessoa (se pelo mancipante, se pelo que recebia não sabemos) a fim de ver que tudo tinha marchado em regra; a esta interpelação chamavam *antestari aliquem*, e ao interpelado *antestatus*[29]. Deviam *res mobiles* estar presentes ao ato, e

21 Ulp. XIX, 2.
22 Gai. II, 15 e seguintes.
23 Festus, v. Nexum. Nuncupata.
24 Gai. II, 107; III, 173.
25 Gai. I, 113, 117; II, 104; III, 174; Ulp. XIX, 4; XX, 2.
26 Gai. II, 106, 107.
27 Varro, de L. L. V, 163.
28 Gai. I, 119-122; Ulp. XIX, 3-6.
29 Walch, de *antestato in mancipatione*. 1840.

serem mancipadas cada uma de per si; o que mudava de figura com relação a terrenos. Por isso que não podendo ter lugar a apresentação, e sendo impossível estar-se presente quando eram muitos os terrenos, e sítios em diversos lugares – eram estes mancipados de uma só vez. A apresentação do objeto, conquanto fosse um requisito da mancipação, não era a apreensão da posse.

A *mancipatio* também chamada *imaginaria venditio* era imitação de uma venda durante a qual se pesava o preço; mas que por si mesmo não era senão uma formalidade[30]. Tanto a *mancipatio*, como a *in jure cessio*, foram confirmadas pela Lei das XII Tábuas[31]. Limitava-se, porém, a *mancipatio* a certos objetos da mancipação – *res mancipi* (*mancipii*); e em contraposição a estes eram todas as outras denominadas *res nec mancipi*[32].

Eram *res mancipi*, isto é, objetos de mancipação como transmissão de domínio: prédios no solo urbano, quer fossem *praedia rustica*, quer *urbana*; escravos; *quadrupedes quae dorso domantur*, isto é, bois, cavalos, mulas, jumentos, camelos e elefantes eram *res nec mancipi*[33]. Os proculianos exigiam que os quadrúpedes fossem capazes de ser domados, ou pelo menos que tivessem idade bastante que os tornasse capazes disso; os sabinianos os reconheciam logo que nasciam como tais, isto é, *res mancipi*. São também *res mancipi*: *servitutes praediorum rusticorum*; homens livres quando sujeitos a uma *potestas,* a *manus*, ou *mancipium*; e em certos casos também os bens (a *família*).

Sobre a razão da diferença entre *res mancipi*, e *res nec mancipi*, existem muitas opiniões. Esta diferença de opiniões provém de se querer descobrir o caráter comum de uma *res mancipi*, e de uma *res nec mancipi*. Assim, uns julgam como Hugo, serem *res mancipi* os objetos de lavoura por que eram os romanos dados à agricultura; ou então como Walter, as dependências de um prédio rústico compreendido ele; ou como Niebuhr as cousas sujeitas ao censo; ou como Manhayn, os objetos de despojos.

---

30 Gai. I, 113, 119; Ulp. XIX, 5.

31 Vatic. Frgm. § 50.

32 Ulp. XIX, 1; Gai. II, 15-17; I, 120.

33 Ulp. XIX, 1.

Geralmente se representam as *res mancipi* como cousas que devem ser mancipadas para que possam ser completamente alienadas, isto é, para se poder sobre elas adquirir o *jus Quiritium*. Esta idéia é, porém, inexata; por isso que a *mancipatio* nada menos é do que o modo exclusivo para a aquisição dessas cousas; nem mesmo sequer é o modo exclusivo por que se podem alienar, pois há também para fazê-lo a *in jure cessio*. Antes poderíamos dizer que *res mancipi* são aqueles objetos que podem ser mancipados; quando para todos os mais não tinha validade alguma a *mancipatio*. Ora as servidões são em parte *res mancipi*, e em parte *res nec mancipi*; ninguém compreende aqui a divisão, de maneira que julgue poder ser mancipadas todas as servidões, e que as servidões rústicas por isso que são tidas como *res mancipi* devam sê-lo; antes devemos conceder, que só estas últimas eram capazes da mancipação[34]. Esta divisão, pois, com relação a outros objetos não toma outro caráter; e isto tanto assim é que Ulpiano chama a *mancipatio*: *- propria species alienationis rerum mancipi*. O que ele queria facilmente se evidencia; porquanto, à *usucapio*, e *in jure cessio* chama ele: *communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi*. Do mesmo modo diz ele que é a traditio, – *propria alienatio rerum nec mancipi*[35]. De que se tenha algumas vezes lançado mão da *mancipatio* para aquelas *res nec mancipi* a que se dá muito valor com o fim de aliená-las ou adquiri-las com certas solenidades, é isso possível, e pode se conceder, mas não muda, contudo, a noção estabelecida. Um jurisconsulto questionado a este respeito teria certamente respondido: que se essas cousas te foram mancipadas e não teve lugar a *traditio*, não é *dominus*; tem, porém, lugar a *traditio* ao mesmo tempo (como acontece ordinariamente a respeito de *res mobiles*) então adquiriste domínio por via da *traditio*, e o ato da mancipação, que não o prejudica, até mesmo podendo as testemunhas da *mancipatio* e o *libripens*, servirem como testemunhas da *traditio*. Em Tácito *Ann*. I, 73; trata-se da *mancipatio* de uma estátua; porém, Tácito fala expressamente da alienação de um terreno com as estátuas que nele estiverem, e não da *mancipatio* de uma estátua como de um caso particular. Em Plínio, *Hist. Nat*. XX, 60 (35) encontramos outro testemunho:

34 Gai. II, 29.
35 Ulp. XIX, 3, 7, 8, 9, 16, 17.

artigos de luxo, pérolas e outros objetos preciosos a que a moda dá quase o mesmo valor; e nota ele: « *et hoc tamen* (falando de pérolas de maior valor) *aeternae prope possessionis est*, *sequitur heredem*, *in mancipatum venit ut predium aliquod. Concluslia et púrpuras omnis hora atterit* ». Neste caso a mancipação só servia também para dar mais peso à *traditio*, mas não tinha validade alguma jurídica[36].

Falta-nos agora demonstrar por que razão as cousas que se denominam *res mancipi* são reconhecidas como objetos da *mancipatio*. Devemos procurar a razão disto na mesma mancipação; e por isso abstrair-nos dos objetos para os quais em princípio não teve lugar este ato, vindo isto acontecer só depois. Estes objetos são aqueles sobre os quais não tem lugar o *manus capere*, parte a mais importante do ato: terrenos, servidões rústicas, e a família. Restam-nos os homens e os animais. Estes são justamente os que aparecem na venda dos despojos do inimigo (*praeda*), que se compunha de prisioneiros e de animais tomados ao inimigo. A mancipação é uma imitação dessa venda, e como essas cousas por apreensão natural caíam em poder do povo romano, assim também por apreensão civil, *mancipium*, caíam em poder de um cidadão, e do mesmo modo passavam de um para outro. O caráter de uma *res mancipi* não significava, pois, restrição, e sim ampliação no seu modo de adquirir, independência do *in jure cessio*; e estes privilégios se concederam depois a alguns terrenos e também a certos direitos conexos a eles, estendendo-se assim a *mancipatio* sobre eles.

Por direito justinianeu acabou a *mancipatio*, e do mesmo modo a diferença que havia entre *res mancipi*, e *res nec mancipi*[37].

Outro modo de adquirir é a *in jure cessio*. Consistia em dever aquele que adquiria o objeto vindicá-lo em juízo como se fora já seu, e calando a contravindicação o *dominus* que era até então – passava o pretor a adjudicá-la ao outro. *Venicabat ei cui ceditur*; *In jure cedit dominus*, *Addicit Praetor*[38]. Esta fórmula já vinha na Lei das XII Tábuas[39]; era, porém, raras

---

36 Walter, Gesch. d. roem. R. T. 2. p. 168, n. 9.

37 Cod. VII, 31. de *usuc. transform. et de sublata differentia rerum mancipi, et nec mancipi*.

38 Ulp. XIX, 9, 10; Gai. II, 24.

39 Vatic. Frgm. § 50.

vezes usada, sempre que podia ter lugar a mancipação[40]. Tinha importância prática para transmissão de *res incorporales* para as quais a *traditio* jamais tivera lugar, e a mancipação só quando se tratava de *servitutes praediorum rusticorum*[41]. Pelo direito justinianeu acabou completamente a *in jure cessio*.

Adjudicatio; era também um modo de adquirir, e não se exigia outro ato para que pudesse ser transmitido o domínio sobre a cousa adjudicada fossem elas *res mancipi*, ou *res nec mancipi*[42].

Lege; é a expressão geral para todas as aquisições civis, que não têm um nome particular; assim Ulpiano diz: *lege nobis acquiritur*, *velut caducum* (uma cousa sem *dominus*) *vel ereptorium ex lege Papia Poppaca* (a herança, a cujo verdadeiro herdeiro não pode pertencer, etc.), *item legatum ex lege XII Tabularum* (também o legado que deve imediatamente passar para os bens do outro), *sive res mancipi sint*, *sive nec mancipi*[43].

Emtio sub corona. As cousas aprisionadas na guerra, ou eram distribuídas pelos soldados, ou eram destinadas ao *aerarium* e para este fim vendidas. Em ambos os casos consistia o ato da aquisição na adjudicação da cousa feita pelo magistrado; no último por via do questor, que era quem fazia a venda. Os objetos aprisionados eram chamados *praeda*[44], *manubiae* o dinheiro que deles provinha para o *aerarium*. Em princípio eram estas cousas vendidas cada uma de per si, e depois só eram quando se vendiam os objetos mais valiosos, os prisioneiros; ao que se chamava *venditio sub corona*. A expressão é derivada da coroa que levavam na cabeça os cativos que se vendiam; pelo menos é esta a opinião mais seguida. Os demais objetos dos despojos do inimigo eram vendidos de uma vez a quem mais desse, e a isto se chamava *sectionem venire*, e ao comprador *sector*. Arvorava-se uma lança sempre que se faziam essas vendas, o que servia para denotar os despojos do inimigo; e veio depois passar para todas as vendas que eram assim feitas pelo Estado[45]. Sob esta rubrica estão incluídos todos os casos em que

40 Gai. II, 25.
41 Gai. II, 19, 28, 29, 30; Ulp. XIX, 11.
42 Ulp. XIX, 16; Vatic. Frgm. § 47.
43 Ulp. XIX, 17.
44 Gell. XIII, 24.
45 Paul. Diac. *ex Festo*: *Hastae subiiciebantur ea quae publice* (i, é por via de um magistrado em nome do povo) venum dabant.

os bens que vieram a pertencer ao Estado (*bona publicata*); dos devedores do Estado; de condenados; ou os que por outro qualquer motivo legal eram vendidos (*publice)* pelos magistrados; os compradores (*sectores*, ou com nome ainda mais geral de *bonorum emtores*) adquiriam sobre eles por adjudicação o domínio como sucessores universais. A estas se ajuntaram mais tarde as *venditiones bonorum* introduzidas pelos pretores (como meio de execução a favor dos credores particulares), e que davam aos *bonorum emtores*, sucessão universal por direito pretório, e o domínio bonitário[46]. Por direito justinianeu só as vendas que fazia o Fisco de bens vacantes, ou confiscados davam ainda uma *adquisitio per universitatem*, pela qual o domínio era transferido ao comprador sem a *traditio*[47].

b. *Do usucapião em particular*

§ 52. A aquisição do domínio por posse contínua e pacífica de uma cousa é o que se chama usucapião; já a Lei das XII Tábuas a mencionava sob o nome de *usus auctoritas* (*usus et auctoritas*)[48], e foi só depois que se lhe deu o nome de *usus capio*, *usucapio*[49]. Cícero (Topic. 4) diz: *est quoniam usus auctoritas fundi biennium est*, *sit etiam aedium*. *At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annus est usus*. Cic. (pro Caec. 19). *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium. At utimur eodem jure in aedibus quae in lege non appelantur*. As palavras indicam que o direito assim (*auctoritas*), adquirido manifesta a reunião do elemento legal com o fato (*usus*), etc. *Ususauctoritas fundi biennium est*, explica-se deste modo: o que adquiri pode dizer – o tempo é o meu direito.

O usucapião como modo de adquirir que era civil tornava-se por isso impossível a um peregrino. O peregrino podia ter em sua posse objeto pertencente a um romano, o que, porém, não trazia para o romano perda do seu *jus Quiritium* sobre esse objeto: *usus et auctoritas* não podiam jamais caber na pessoa de um peregrino; ficava, pois, sempre esta última pertencendo ao romano; o que logo que foi reconhecido em Roma o *jus gentium* tornou-se

46 Gai. III 80.
47 L. 54 pr. D. de H. P. (5, 3).
48 Gai. II, 41, 42; Cic. Top. 4; pro Caec. 19.
49 Gell. VII, 10.

de nenhum valor por ser garantida pelo pretor a aquisição legal do peregrino. A regra acima estabelecida compreende a passagem das XII Tábuas: *adversus hostem aeterna auctoratio*. *Hostis*, em língua antiga, designava os peregrinos; porém, já não era assim quando em vez de *hostis* era um *perduellis*, inimigo; por isso que logo que alguma cousa que pertencia a um romano caía em poder do inimigo não tinha dono tanto quanto durasse esse poder; o mesmo acontecia com relação ao que eles tomavam. Para que o usucapião tivesse lugar era preciso que fosse objeto capaz de domínio; assim não tinha efeito o usucapião sobre uma *res sacra*, ou *religiosae* do mesmo modo que não tinha sobre uma pessoa livre[50]. A Lei das XII Tábuas proibia expressamente que fosse o lugar de uma sepultura e o que mais lhe pertencesse (*forum bustumve*) objeto do usucapião[51], o que não era propriamente uma exclusão do usucapião, porém, uma declaração de que as *res religiosae* não deixam de ser só por vontade privada ainda quando mesmo por tanto tempo fosse considerada profana.

O objeto deve ser capaz de domínio, dissemos nós, e particularmente do domínio quiritário; pelo que se não dava o usucapião em fundos provinciais[52]. Não havia, porém, obstáculo em ser a cousa *res mancipi*, ou *res nec mancipi*. Já a Lei das XII Tábuas excluía o usucapião sobre objetos furtados *res furtivae*, e não só para o ladrão como também para o terceiro *bonae fidei possessor*[53]. O objeto alienado neste caso era considerado, a maior parte das vezes, um furto[54]. A *Lex Atinia* repetiu o mesmo, já determinado, pela Lei das XII Tábuas, acrescentando que desaparecia o vício, isto é, que se tornava a cousa capaz do usucapião no momento em que tivesse voltado para o poder do *dominus*, e da mesma forma logo que ele estivesse em estado de poder vindicá-la[55]. Do mesmo modo também um *servus fugitivus* não podia ser objeto do usucapião, por isso que ele próprio de alguma forma se tinha roubado a seu senhor[56]. Pela *Lex Julia et Plau-*

50 Gai. II, 48.
51 Cic. de leg. II, 24.
52 Gai. II, 46.
53 Gai. II, 45, 49.
54 Gai. II, 50.
55 Gell. XVII, 7.
56 L. 1. C. de serv. fug. (6, 1).

tia, *res vi possessae*, terrenos ocupados por força eram considerados como *res furtivae*[57]. Do mesmo modo pela *Lex Julia repetundarum* estavam no mesmo caso as cousas que tivessem sido dadas, contra o restabelecimento nessa lei, ao presidente da província[58]. As *res mancipi* de uma mulher que estivesse sob a tutela do seu agnado pela Lei das XII Tábuas não podiam ser objetos do usucapião, logo que não tivessem sido alienadas por autorização do tutor[59]. A Lei das XII Tábuas já tinha ordenado[60], e depois também a *Lex Mamilia* o fez, que os limites entre dous terrenos vizinhos, e que tivessem cinco pés de largo, não fossem objetos do usucapião.

O tempo marcado para a usucapião foi, até Justiniano, de um ano para *res mobiles*, e de dous anos para as *immobiles*, ou então como diz a Lei das XII Tábuas, de dous anos para um *fundus*, e de um ano para todas as outras cousas[61]. De que se exigisse desde os tempos mais antigos a *bona fides* é pouco certo. Em todo caso, porém, foi isso muito cedo recebido como o denotam três exceções, que trazem em si estampadas o cunho da antiguidade. Enquanto o herdeiro não estivesse na posse da herança podia aquele que chamasse a si uma cousa da herança, sem consideração à *bona fides*, e quer fosse ela *res mobilis*, quer *res immobilis*, usucapi-la em um ano[62], ao que se chamou *usucapio lucrativa pro herede*. Adriano, porém, permitiu que a *hereditatis petitio* não pudesse mais ser excluída por este usucapião[63]. Outros usucapiões são os que conhecemos com o nome de *usureceptiones*, pelas quais o antigo *dominus* podia readquirir a cousa. Quando o Estado fazia venda de prédios que lhe tinham sido hipotecados, e o comprador (*praediator*) não usava do seu direito por espaço de dous anos, deixando na posse o antigo *dominus*, no fim deste espaço de tempo vinha este a adquiri-los: tal era a *usureceptio ex praediatura*[64]. Do mesmo modo quando alguém

57 Gai. II, 45, 51; L. 4 § 22, 23; L. 33 § 2. D. de usurp. (41, 3).
58 L. 8. D. de leg jul. repet. (48, 11); L. 48 pr. D. de adqu. Dom. (41, 1).
59 Gai II, 47; Cic. ad att. I, 55; Cic. pro Flacco 34.
60 Cic. de leg. I, 21.
61 Gai. II, 42; Ulp. XIX, 8.
62 Gai. II, 52-56; L. 2 § 1. D. de usucap. pro herede (41, 5); L. 33 § 1. D. de usurp. (41, 3).
63 Gai. II, 57, 58; III, 201; L. 1. C. de usuc. pro herede (7, 29).
64 Gai. II, 61.

tornava a obter a posse civil de uma cousa, que ele *fiduciae causa* (com promessa de futura remancipação) mancipara ou cedera *in jure*, em um ano (mesmo dado que fosse um prédio) readquiria o domínio como se ela lhe tivesse sido outra vez remancipada. Ao que também se chamava *usureceptio*[65]. Se alguém comprava de uma mulher *res mancipi* sem autorização de seu tutor, podia pela *rutiliana constitutio* (da qual nada mais sabemos) usucapi-la quando antes do prazo marcado para o usucapião lhe não tivessem restituído o seu dinheiro. Muitos jurisconsultos dão venda por nula, e seria então um usucapião sem título; outros, porém, julgam que ele possuía *pro emptore*, por isso que a mulher pelo menos podia alienar a posse; e segundo esta opinião afastava-se o usucapião da regra só quanto à *bona fides*[66]. Tudo isto, porém, desapareceu com o direito justinianeu.

Longi temporis praescriptio. A quem legalmente tivesse adquirido uma continuada posse por longo tempo dava-se uma *exceptio*, pela qual excluía ele a ação do *dominus*; *longi temporis praescriptio*.

A *praescriptio* exigia que a posse fosse adquirida *bona fide* assim como também a exigia o usucapião; e era ela possível mesmo a favor de peregrinos. Quanto ao *titulo* e *bona fides*, eram compreendidos na *praescriptio* pela expressão *justum initium*[67]. Quando foi que apareceu a *praescriptio* não sabemos, senão que no tempo dos imperadores é que com certeza se pode provar sua existência. Pela lei 33 § 2. D. de usurp. (413), já teria a *Lex Julia et Plotia*. a, U. 665 falado do longo *tempore capere*; esta expressão, porém, foi talvez posta pelos compiladores por *usucapere* como se depreende de Gaius II, 45; e § 2. I. de usuc. (2, 6).

É, portanto, fora de dúvida: 1º; que por *longum tempus* se entendia em princípio à letra, longo tempo, até que constituições imperiais fixaram o tempo da duração. Foi o tempo marcado de dez anos, e para o caso de ausência do *dominus* concediam-se vinte anos; de maneira que o *longum tempus* era de dez anos *inter praesentes*, e de vinte anos *inter absentes*[68]; 2º; que a *longi temporis praescriptio* só se entendia com *res immobilis* até Ca-

65 Gai. II, 59-61.
66 Vatic. Frgm. § 1.
67 Paul. Sent. V, 2, 4.
68 Paul. Sent. V, 2, 3.; 5ª, V, 8.

racala, que foi quem a estendeu também sobre *moveis*; 3º; que também se concedeu a *successores singulares* contarem o tempo da posse de seus autores (*accessio possessionis*)[69]; ao passo que só herdeiros sucediam no usucapião; 4º; que em alguns casos se considerava a *longi temporis praescriptio* não só como motivo para uma *exceptio*, porém também um verdadeiro modo de adquirir[70].

Os imperadores do 4º período até Justiniano, poucos ou nenhum motivo tiveram para legislar sobre a *longi temporis praescriptio* e sobre o usucapião. O que, porém, não exclui que na praxe não se tivesse mudado muitas cousas pelo menos em uma parte do império. A diferença propriamente prática entre *usucapio* e *longi temporis praescriptio* consistia então no tempo que se exigia; os outros requisitos eram quase iguais, e quanto ao domínio, já nesse tempo de nenhuma importância, era a diferença entre o quiritário e o bonitário. Assim não nos devemos espantar quando em algumas partes do império, principalmente naquelas em que por falta de *praedia italica* só tivesse lugar a *longi temporis praescriptio*, e de ter caído completamente em desuso o usucapião, isto é, a posse de um ou dous anos; o que assim acontecia no império visigodo, cuja *Lex Romana* contém nas sentenças de Paulus um título « de *usucapione* (V, 2) » em o qual, porém, não se trata do usucapião, mas unicamente da *longi temporis praescriptio*. Diferente, porém, era em outras províncias do império romano. É natural que no império oriental se pudesse fazer uso poucas vezes do usucapião sobre terrenos, por isso que com exceção de poucas cidades que tinham o *jus italicum*, era tudo o mais terrenos provinciais, nos quais só se dava a *longi temporis praescriptio*. Tinha, porém, lugar para *res mobiles,* o usucapião. Havia, pois, uma *usucapio*, e tinha lugar em *res mobiles*, e em terrenos que tinham o *jus italicum*; e um de dez ou vinte anos que era a *longi temporis praescriptio*, e que tinha lugar em todos os mais terrenos à exceção dos mencionados. Os requisitos em ambas eram os mesmos, havendo talvez alguma diferença quanto à *accessio possessionis*; pelo menos não havia clareza sobre isso.

---

69 § 13. I. de usucap. (2, 6).
70 L. 8. pr. C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

Assim achou Justiniano esta instituição. Em 528 declarou-se que a *longi temporis praescriptio* era um modo de adquirir o domínio, e que com o usucapião, podia dar lugar a uma ação; e então em 531 fixou-se: 1º; que a diferença entre terrenos itálicos e provinciais acabasse; e que se desse para todos eles a prescrição de dez anos, *inter praesentes*, e vinte anos *inter absentes*; a de dous anos foi revogada[71]; 2º; decidiu-se a dúvida de quando era que tinha lugar a prescrição de dez anos, quando a de vinte anos, estabelecendo-se que logo que o *dominus* e o possuidor tivessem o seu domicílio na mesma província, que fossem considerados como *praesentes*. Quando em diferentes províncias, *absentes*. 3º; o usucapião de um ano foi revogado e em seu lugar estabeleceu-se um de três anos. 4º; os requisitos eram: *justus titulus*, *bona fides*, e também se exigia que os objetos fossem capazes do usucapião.

Justiniano ainda acrescentou outra *praescriptio*. Desde Teodósio II, que existia uma prescrição da ação do *dominus* logo que o possuidor tivesse trinta anos de posse. Esta *praescriptio XXX annorum* não exigia uma posse justa, assim como não tinha senão uma garantia para o possuidor contra a vindicação, não dava ela domínio, e nem o tirava ao *dominus*. Por esta *longissimi temporis possessio*, concedeu Justiniano o poder-se também adquirir; com outras palavras, fez dela um usucapião logo que o possuidor tivesse *bona fide* obtido a posse[72].

Em resultado o direito justinianeu é este: quem quer usucapir uma *res mobilis* em três anos, uma *immobilis* em dez ou vinte anos, deve ter a sua posse com os requisitos que já mencionamos; i.e. *justus titulus*, *bona fides*, devendo a cousa ser capaz de ser usucapida. Este é o *usucapio* ordinária do direito justinianeu. Aquele, porém, que não pudesse provar *justus titulus*, ou que possuísse uma cousa, embora excluída do usucapião, mesmo assim não perdia a possibilidade de usucapi-la logo que não estivesse *mala fide*; precisava, porém, de trinta anos ou de quarenta. Neste caso, porém, o *dominus* não devia ser pessoa contra a qual não pudesse ter lugar a *praescriptio* XXX ou XL *annorum*.

---

71 L. un C. de usucap. transformada (7, 31). Desta faz, talvez, parte: L. un. C. de nudo jure quirit. toll. (7, 25); e L. 12 C. de praescr. longi temp. (7, 33). Consulte-se mais: pr. I. de usucapionib. Et longi temporis praescriptionib. (2, 6).

72 L. 8 § 1. C. de praescr. XXX annorum (7, 39).

2. Das adquisitiones naturales

§ 53. O modo de alienar próprio do *jus gentium* era a *traditio*, que outra cousa mais não era senão a transferência da posse; por ela se obtinha sobre *res nec mancipi*, domínio quiritário; e sobre *res mancipi*, o bonitário, vindo-se a obter só pelo usucapião o domínio civil. Neste caso, nos dous primeiros anos, tanto quanto o ainda não *dominus* adquiria esse direito pelo usucapião, era o outro, *dominus ex solo jure quiritium*[73]. O que transferia o domínio devia ser realmente *dominus*, por isso que ninguém pode transferir mais direitos do que tem[74]. Por direito justunianeu, a *traditio* substituiu a *mancipatio* e a *in jure cessio*, que como já dissemos, tinham desaparecido, e era o modo geralmente empregado para a transferência do domínio[75].

Occupatio. É um modo de adquirir segundo o *jus gentium* quando essa apropriação não vai de encontro com os direitos de alguém. Para que se obtivesse o domínio pela *occupatio*, era preciso que cousa a ninguém pertencesse – *nullis in bonis*: *quod enim nullius est id ratione naturali accupanti conceditur*[76]. Era indiferente que a cousa nunca tivesse estado em domínio de alguém, ou que se tivesse tornado *sine domino*. A *occupatio* divide-se em *occupatio bellica*; *thesauri*; *specificatio*.

Occupatio bellica. As cousas que estão em poder do inimigo são *res nullis*; pela ocupação elas se tornavam nossas. Ou elas se tornavam propriedade do Estado, do qual depois passavam para a de um particular, ou se tornavam logo propriedade do ocupante. As primeiras são as que pertencem à categoria das que provêm por via de conquista, ou que estão compreendidas nos despojos; as segundas são aquelas, que no começo da guerra estavam no país[77]. Nos despojos estavam compreendidas as cousas que foram tomadas ao inimigo, quando mesmo antes nos tivessem pertencido, por isso que pelo poder, que sobre elas tinha adquirido o inimigo,

---

73 Ulp. I, 16, 19, 20.

74 Gai. II. 19 e seguintes; Ulp. XIX, 7.

75 § 40 I. de rer. Div. (2, 1).

76 Gai. II, 66-69; L. 1-6 D. de adqu. dom. (41, 1); § 12-19, 47, 48. J. de rer. div. (2, 1).

77 L. 51 § 1. D. de adqu. Dom. (41, 1).

eram consideradas como outras quaisquer, que não tivessem tido *dominus*. Isto, porém, sofria exceções; porquanto, havia cousas, que logo que desaparecia sobre elas o poder do inimigo, voltavam à sua antiga condição. Estas cousas tinham o *jus postliminii* e tais eram: terrenos, escravos, cavalos, mulas, e também navios[78].

Thesauri. Quando uma cousa estivesse tanto tempo perdida de maneira que se não pudesse mais saber a quem tinha pertencido, tornava-se ela por isso, *res nullius*. Um tal *thesaurus* era adquirido pelo ocupante[79]. Logo que no tempo dos imperadores se tratou de aumentar as rendas públicas, e principalmente as do fisco, facilmente se consideraram os *thesauri* como *bona vacantia*, e deu-se sobre eles um direito em benefício do erário e do fisco.

Adriano foi o primeiro que legislou sobre este ponto[80]. Aquele que achasse um tesouro em terra própria podia guardá-lo, e era indiferente tê-lo procurado de propósito, ou tê-lo achado casualmente. Em todos os outros casos, pesquisas feitas de propósito para descobri-lo, faziam incorrer na perda do achado. Quando a ocupação era conseqüência de achado casual, obtinha-se o mesmo direito sobre o tesouro achado em lugar religioso ou em monumentos; se achava-se, porém, em terreno estranho, tinha então o *dominus* (quer fosse o príncipe, o Estado, ou outra pessoa) direito à metade, que podia exigir do ocupante. Entretanto, algumas vezes o estado passageiro das finanças obrigou em alguns reinados a que todos os tesouros pertencessem ao fisco, de maneira que isso se tornou comum, e um exemplo encontramos em Lampridius[81]. O resultado foi que sem dúvida, quem descobria um tesouro o ocultava, e isto levou Constantino a marcar por lei geral que aquele que descobrisse um tesouro tivesse metade para si[82]. Teodósio I restabeleceu o direito de Adriano. Mandou, porém, que o senhor do terreno só tivesse uma quarta parte do tesouro[83]. O imperador Leão, adotando o mesmo di-

78 L. 3. 19 § 10; L. 28, 30 D. de captiv. (49, 15); Cic. Top. 8.
79 L. 31 § 1. D. de adqu. Dom. (41, 1); L. un. C. de Thesauris (10, 15).
80 § 39. J. de rer. Div. (2, 1); Spartian. Hadr. 18.
81 Consulte-se Jac. Gothofredus ad L. 1. C. Th. de thesaur.
82 L. 1. C. Th. de Thesauris (10, 18).
83 L. 2, 3. C. Th. eod.

reito de Adriano, proibiu os usos pagãos e artes mágicas empregadas para a descoberta de tesouros[84]. Este direito foi o recebido por Justiniano.

Specificatio. A aquisição de uma cousa proveniente da nova forma que lhe demos (*cum quis ex aliena materiam speciem aliquam suo nomine fecerit*) chama-se especificação. Ela tem lugar não só quando o objeto que nos pertence, e o estranho são confundidos, como também quando objeto completamente estranho é empregado, e o fabricante não tem de seu senão o trabalho, vindo a adquirir sobre ele o direito de propriedade[85]. Tal era a opinião dos proculianos; porquanto, os sabianos queriam que o objeto fosse restituído ao dono da matéria, estabelcendo-se este princípio: *quod ex re nostra fit nostrum est*. A aquisição do especificante devia, porém, segundo os proculianos, ter dous requisitos; o primeiro era verdadeiro fabrico, e como tal, não podia, por exemplo, valer a simples cor, que porventura se desse a uma substância, assim como *qui excussi spicas non novam speciem facit, sed cam quae est detegit*[86]; em segundo lugar exigia-se também mudança total do objeto empregado, por maneira tal, que não se pudesse mais restaurar; assim não era, por exemplo, um vaso feito com prata alheia, uma especificação. Debaixo deste ponto de vista, a opinião dos proculianos, foi a recebida por Justiniano[87].

Accessio. Tem lugar quando podem duas cousas ser confundidas, ficando uma, porém, fazendo parte da outra. Era um modo particular de aquisição quando um terreno se aumentava entrando por um rio público; o modo mais comum desse aumento de terreno é quando o rio gradualmente vai ajuntando terra para um lado, e assim se vai afastando desse lado, ao passo que vai entrando em outro lugar, e aumenta o seu leito. A terra por ele depositada chama-se *alluvio*[88]. Não tem lugar, porém, a *alluvio em agri limitati*[89]. O segundo caso é quando, por descobrir o seu leito,

84 L. un. C. de thesauris (10, 15).
85 Gai. II, 79; L. 7 § 7; L. 24, 26 pr. § 3. D. de adqu. Dom. (41, 1); § 25. J. de rer. Div. (2, 1).
86 L. 7. § 7. D. de adqu. Dom. (41, 1).
87 - § 25. D. de div. (2, 1).
88 Gai. II, 70; L. 7 § 1; L. 12 pr. D. de adqu. Dom. (41, 1).
89 L. 16 D. eod.

aparece no rio uma ilha – *insula nata*[90]. Supondo-se tirar uma linha que separe o rio em duas metades iguais, segundo o seu comprimento, o que da ilha couber a este lado da linha, pertence ao terreno desse lado da margem, e o mesmo do outro lado[91]. O mesmo tem lugar logo que o rio descobre completamente o seu leito (*alveus derelictus*), e é quando muda o seu curso, ou seca[92]. Estas acessões eram, porém, excluídas em *agri limitati*[93].

Quanto às outras aquisições naturais, são elas de pouco interesse para a história[94].

IV. DIREITOS INERENTES AO DOMÍNIO

§ 54. Domínio é o direito absoluto sobre cousas, *rerum dominium*; é a legal e total sujeição de uma cousa. O domínio é só possível em cousas, isto é, em objetos corpóreos; mas não é possível em uma parte integral da cousa: porquanto não é possível um domínio particular sobre essa parte por tê-la o *dominus*, conjuntamente com o todo, no seu direito de propriedade. Isto entende-se, por exemplo, quanto aos membros de um animal, de uma planta, de um edifício, como parte do solo. Ninguém é dono do edifício sem o ser do solo em que esse se acha[95], e o dono do solo não tem sobre o edifício um direito particular[96]. O mesmo se entende com os produtos orgânicos de uma cousa producente (*fructus pendentes*); estes constituem ainda uma parte integral da mãe, que os traz[97]; das plantas, que os produzem, e com eles dos terrenos em que estão[98]; e são simplesmente cousas futuras[99]. Só com a separação da cousa produtiva (*fructus separati*) é que se constituem organismos independentes, e só com essa separação é que se torna possível a idéia de domínio sobre eles. Já por direito antigo, porém, davam-se casos de restrições

90 Gai. II, 71, 72.
91 L. 7 § 3; L. 29, 56 pr. D. de adqu. dom. (41, 1); § 22. J. de rer. Div. (2, 1).
92 L. 7 § 5; L, 30 § 1 D. de adqu. Dom. (41, 1); § 23, 24. J. de rer. Div. (2,1).
93 L. 1 § 6. 7. D. de fluminib. (43, 12).
94 Gai. II, 73-79; L. 7-13; L. 9 pr. § 1. 2 D. de adqu. rer. Dom. (41, 1).
95 L. 2. de superfic. (43, 18).
96 L. 40. D. de act. emti (19, 1).
97 L. 1 § 1. D. de inspic. ventre (25, 4).
98 L. 14. D. de R. V. (6, 1).
99 L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1).

legais da propriedade sobre muitas cousas. Muitas se encontraram na Lei das XII Tábuas, que ainda foram aumentadas por direito posterior.

Nestas restrições enumeraremos a proibição que se fez de maltratar-se cruelmente aos escravos (do que já tivemos ocasião de falar); elas, porém, diziam respeito principalmente à propriedade territorial, por isso que esta mais em contato se achava com os direitos de um terceiro, e com o bem público. Os interesses religiosos obrigaram a que o proprietário concedesse um caminho no seu terreno àquele que de outro modo não pudesse chegar ao lugar de seu túmulo[100]; e que não pudesse mesmo desenterrar o corpo que sem sua autorização tivesse sido enterrado em terra que lhe pertencesse, sem consentimento dos ministros eclesiásticos[101]. Já pela Lei das XII Tábuas, se tinha ordenado em interesse da comunicação pelas estradas, que estas fossem conservadas por aqueles que estivessem situados perto delas, e no caso de o não fazerem, deveriam então consentir que pelo seu terreno façam caminho os que se serviam das estradas públicas[102]; se a estrada acabasse por terremoto, ou por ter-se um rio alargado, deveria então o vizinho mais próximo dar da sua propriedade o que fosse necessário para seu restabelecimento[103]. A mesma Lei das XII Tábuas, em atenção à salubridade pública e incêndios, ordenou que na cidade se deixasse entre os edifícios um espaço (*ambitus*) de dous pés e meio, *sestercius pes*[104]. Deste modo os edifícios novos deviam ser construídos como *insula*[105]. Nero[106], e Antonius Verus[107] elevaram-no a nove pés. No tempo de outros imperadores passou a ser de doze, e em casos particulares até quinze pés[108]. Também com relação à altura dos edifícios, estabeleceu-se um máximo de 70 pés por ordem de Augusto, e de Trajano de 60 pés[109], Zenão em uma ordenança explícita sobre edifícios, concede 100

100 L. 12 pr. D. de relig. (11, 1).
101 L. 8 pr. D. eod.; L. 2. § 2.; L. pr.; L. 43 eodem.
102 Cic. pro Caec. 19; Festus p. 371 (Müller).
103 L. 14 § 1. D. quemadm. serv. (8, 6).
104 Volus. Maecian. agris distribut. 46; Paul. Diac. ex Festo v. ambitus.
105 Paul. ex festo V. insulae.
106 Taciti, Annal. XV, 43.
107 L. 14. de serv. Pr. nob. (8, 2).
108 L. 9, 11, 12. C. de aedific. privat. (8, 10).
109 Sueton. Octav. 89; L. 1. § 17. D. de O. N. N. (39, 1).

pés quando houvesse distância proporcionada aos edifícios mais próximos[110]. Do mesmo modo, em bens rústicos, o Estado já antigo e tradicional com relação ao curso das águas da chuva, não podia ser arbitrariamente trocado com prejuízo do vizinho, para o que já a Lei das XII Tábuas tinha dado uma ação – *actio pluviae arcendae*[111]. A Lei das XII Tábuas obrigava ao proprietário a permitir que se recolhessem os frutos (*glans*) que tivessem caído do terreno vizinho para o seu[112]; os pretores garantiam este direito por um interdito (*de glande legenda*), com esta restrição, porém, que o proprietário dos frutos pudesse vir só um dia pelos outros [113]. Esta mesma lei obrigava ao dono de madeiras e outros materiais que tivessem sido empregados em edifícios, ou vinha de outrem, a se contentar com o dobro de seus valores, pelo que lhe concedia a *actio de tigno juncto* (*aedibus vel vineae*); mas quanto à restituição do objeto por meio da separação, não se podia exigir[114]. Esta disposição da Lei das XII Tábuas é conforme a restituição feita por Huschke[115].

Aquele que deixava o seu edifício ameaçar ruínas podia ser obrigado pelo que tinha a temer prejuízo proveniente disso a prometer reparo pelo dano que resultasse (*cautio damni infecti*); se ele negava sujeitar-se ao decreto que o obrigava, dava então o pretor ao A., a posse natural do edifício (*in possessione esse jubet*), e no caso de que esta coação se tornasse infrutífera podia ainda seguir-se uma segunda *missio in possessionem* (*ex secundo decreto*) pelo qual era o R., considerado como *derelinquente* de sua casa; e ao interessado se dava e reconhecia posse jurídica, e propriedade ao A. (*possidere jubet*)[116]. Uma exceção se fez em benefício da agricultura; não se devia fechar ao vizinho a corrente de ar que ele tivesse porventura neces-

110 L. 12 § 4. C. de aedific. priv. (8, 10).

111 Dig. XXXIX, 3 de aqua et aquae pluviae arcendae; L. 21 pr. D. de statu tiber. (40, 7).

112 Plin. H. N. XVI, 6.

113 Dig. XLIII, 28 de glande legenda.

114 Dig. XLVII, 3, de tigno juneto.

115 Huschke ad l. XII tab. De tigno juncto commentatio 1837. (Festus v. tignum et sarpiuntur): Tignu junctum aedibus vineave sei concapit ne solvito – neque vinca sarpta quandoque, donee dempta erunt, tigna vindicilo.

116 Dig, XXXIX, 2 : de dano infecto et de suggrundis et protectionibus.

sidade para sua casa[117]. Não havia necessidade de consentir que uma árvore envergada pelo vento pendesse com o tronco para o nosso terreno, e só sim as ramas[118], que se levantassem por cima, porém, podia-se exigir-se que elas em 15 pés de altura (*pedes quindecim a terra altius*) ao redor ficassem afastadas, por isso que as ramas mais baixas é que poderiam prejudicar[119]. Pende porém a árvore de um prédio sobre o nosso, podia-se então exigir a sua completa destruição[120]; e do mesmo modo logo que as suas raízes prejudicassem o nosso edifício[121]. Se o proprietário negava cortar o que dele se exigia podia então o prejudicado fazê-lo e conservar para si a madeira, havendo para isso um interdito (*de arboribus coedendis*). Era proibido em Roma dentro da cidade fazer de um terreno qualquer lugar de sepulturas, o que já a Lei das XII Tábuas tinha assim ordenado[122]. No tempo dos imperadores estendeu-se essa medida a todo o império[123]. Proprietários havia aos quais não era permitido alienar a sua propriedade; era assim que se não podia alienar um *fundus dotalis*.

Jus vindicandi. A ação do *dominus* contra o possuidor pela qual aquela obriga este a reconhecer o seu domínio, e a restituir-lhe o objeto que lhe pertence, chama-se *rei vindicatio*. A *vindicatio* já nos tempos primitivos estabelecia por uma cousa um pleito que devia marchar com a assistência do juiz. Para esse fim quando a cousa *res mobilis* era trazida perante o tribunal, aí ambas as partes pondo a mão sobre ela a reclamavam como sua; depois o pretor ordenava a ambas que a largassem[124]; por último passava-se a tratar com a *legis actio sacramento* sobre o direito que se tinha; antes, porém, da conclusão, era a posse reconhecida a uma das partes, segundo mandasse o pretor prestando ela fiança ao que se chamava – *vindicias dicere*[125]. Se a questão versava sobre um terreno, então o magistrado ia lá com as partes; e como viesse a não ser isso sempre pos-

117 L. 14 § 1. C. de serv. (3, 34).
118 L. 2 D. de arborib. caedendis (43, 27).
119 L. 1 § 7-9. eod.
120 L. 1 pr. § 1-6 eod.
121 L. 1. C. de interd. (8, 1).
122 Cic. de legib. II, 23.
123 L. 3 § 5. D. de sepulchr. violato (47, 12); Paul. I, 21, (2, 3).
124 Festus v. vindiciae; Gell. N. A. XX, 10.
125 ai. IV, 16; Gell. XX 10.

sível porque necessário seria que houvesse facilidade de transportes, desafiavam-se as partes no tribunal para irem ao terreno; dava-se aí um combate simbólico, e na presença das testemunhas, traziam uma porção de terra[126]. Dizia o A.: *fundum qui est in agro qui sabinus vocatur ego ex jure quiritium meum esse aio*, *inde ibi ego te ex jure manum consertum voco*. O R. dizia: *unde tu me ex jure manum consertum vocasti*, *inde ibi ego te revoco*. Então o pretor: *suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite*, *inite viam*. Como porém já tivesse sido trazida a porção de terra acrescentava o pretor, depois de pronunciar as mesmas palavras *redite viam*; e o ato da *vindicatio* tinha lugar sobre essa porção de terra[127]. Ainda mais tarde estabeleceu-se para maior comodidade das partes, e para lhes poupar dobrado caminho, que antes de comparecerem em juízo tivessem já concluído no terreno o certame, ao que chamavam *deductio quae moribus fit*[128], dando elas fiadores pela obrigação que tinham de comparecer perante o pretor, com cuja assistência se fazia tudo aparentemente como quem saía por sua ordem, e tornava a entrar[129]. Finalmente, no tempo dos imperadores era o processo ainda mais simples. Trazia-se a porção de terra sem mais outra qualquer formalidade, e sobre ela se procedia como sobre uma *res mobilis*[130].

No tempo do processo, formular a vindicação tomou este caráter: o A. que queria reclamar a cousa como sua, segundo o *jus quiritium*, provocava o possuidor para que lhe estipulasse uma soma para o caso de ter direito à cousa; devia este então imediatamente estipular, e dar fiança para sua restituição, assim como também dos frutos. A proposição e o debate referiam-se em primeiro lugar à *sponsio*; porém, depois da sentença a soma não era exigida, e o A. só servia se do *praejudicium* compreendido na condenação para reaver outra vez a cousa por essa mesma estipulação[131]. Um caminho ainda mais curto era a *formula petitoria*, pela qual a proposição e a sentença eram dirigidas diretamente sobre o domínio do A. e o R., em geral estipulava cumprir a sentença[132]. A esta fórmula assemelhava-se

126 Gell. XX, 10,; Cic. pro Mur. 12, 14; Varro de L. L. VI, 64.
127 Festius v. superstites, vindiciae.
128 Cic. pro Tull. 20; pro Caec. 1, 7, 32.
129 Cic. pro Mur. 12.
130 Gai. IV, 17, 31, 95.
131 Gai. IV, 91, 93, 95. Cic. in Verr. II, 1, 4, 5.
132 Gai. Iv, 41, 89, 91, 92.

também a que se estabeleceu para o domínio pretório, *actio Publiciana*[133]. Quando por fim a ação era levada perante os *centumvires* o que, segundo parece, dependia da livre escolha, era ela ainda no tempo dos imperadores instruída segundo a antiga *legis actio sacramento*[134]. O pretor propôs depois dous interditos. Para o possuidor de um terreno marcou o *interdictum uti possidetis*, e para ganhar o processo devia-se ser presentemente possuidor, assim como devia-se ter a posse *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. Quando pois uma das partes era possuidora, mas com um destes vícios, era a seu adversário a quem cabia a posse, acontecendo assim que aquele que não estivesse na posse presentemente podia ser reconhecido nela por meio do interdito, que para ele tinha a mesma força que um *interdictum recuperandae possessionis*. Uma conseqüência que se pode tirar é que no *interdictum retinendae possessionis* ambas as partes podiam ser consideradas como possuidoras, e ambas ao mesmo tempo como A. e R., e qualquer que provasse a posse era reconhecida como possuidora[135]. Para a posse de uma *res mobilis*, marcou-se o *interdictum utrubi*[136]. Aqui, segundo o edito do pretor, não decidia a posse presente; e ganhava aquele que no último ano do princípio do processo, contando-se para trás, tivesse possuído por mais tempo do que o seu adversário; de maneira que, aqui também a posse que começasse *vi*, *clam*, *aut precario*, não tinha validade para aquela parte que a tivesse começado; e em caso contrário podia contar com o tempo da sua posse, a posse do possuidor, do qual ele *ex justa causa* a recebera; tinha pois lugar uma *accessio possessionis*[137]. Já mesmo antes de Justiniano este interdito foi confundido com o *interdictum uti possidetis*[138].

O resto pertence ao estudo do direito propriamente dito justinianeu.

---

133 Gai. IV, 34, 35, 36.

134 Gai. IV, 31, 95; Gell. XX, 10.

135 Gai. IV, 160; L. 3 pr. D. utipossid. (43, 17).

136 Gai. IV, 160; L. 1 pr. D. utrubi (43, 31).

137 Gai. IV, 150-152.

138 § 4. J. de interd. (4, 15); L. 1. § 1. D. utrubi (43, 31).

. . . .

Capítulo II

JURA IN RE ALIENA

I. SERVIDÕES

§ 55. SE CONSIDERARMOS as servidões quanto à substância, veremos que elas se distinguem uma das outras já pela influência que exercem sobre os direitos do dominus, já com relação aos do privilegiado; no primeiro caso consiste a restrição do dominus, ou em dever ele em alguma cousa, que pelo seu direito de propriedade bem podia impedir, *ut aliquid patiatur*; *servitutes in patiendo* (servidões afirmativas, ou também chamadas positivas); ou em não dever ele alguma cousa, o que se assim não fosse, como dominus, podia fazer, *ut aliquid non faciat*; *servitutes in non faciendo* (servidões negativas). É assim que se diz: servitus in faciendo consistere non potest[1]. No segundo caso, considerando a substância da servidão com relação ao privilegiado, e o benefício que delas lhe resulta, veremos que esta deve ter por objeto um sujeito determinado, e cujas necessidades devem ser

---

1 L. 15 § 1. D. de servit. (8, 1); Vangerow Leitfaden fuer Padecten-Vorles. T. p. 620 e seg.

supridas pela servidão. Toda servidão está ligada a um sujeito determinado, e do qual se não pode separar, nem ser transferida para outro: tem conseqüentemente o sujeito influência essencial sobre a natureza e substância da servidão.

Assim como existem duas classes de sujeitos, existem também duas classes de servidões. O sujeito pode ser ou uma pessoa individual, cuja necessidade pessoal deve ser satisfeita pela servidão; ou ser então o proprietário de um prédio como tal, e assim de alguma maneira o mesmo prédio; sendo neste caso, a substância da servidão, um benefício prestado a este prédio ou a todos os seus proprietários como tais. Daí vem fazer a jurisprudência romana duas divisões principais: no primeiro caso, é a servidão *servitus hominis*, *personae* ou *personalis*; no segundo, *servitus rei* ou *praedii*. Assim temos: servidões pessoais e servidões prediais, também chamadas reais[2].

Servitutes praediorum. Aqui a servidão consiste em dous prédios um dos quais é o dominante por isso que para ele foi constituída a servidão (*praedium dominans*), e o outro serviente (*praedium serviens*), por ser o que serve, ou está sujeito. Daqui resultaram três princípios fundamentais e são: que o benefício para o qual foi a servidão constituída deve ser prestado ao prédio dominante; além disso deve ser prestado pelo prédio serviente; os prédios devem estar situados de maneira a tornar possível essa prestação de benefício de um para outro. Uma servidão real é só possível para um prédio; e só quem o possui pode ter uma tal servidão. E de mais a substância da servidão deve ser de natureza tal, que daí resulte benefício para o prédio dominante; e o benefício que não for constituído como tal para o dono do prédio, quando o seja de outro modo, jamais poderá ser considerado uma servidão real[3].

Sendo a substância da servidão determinada conforme a necessidade do prédio dominante, deve ela ter sobre a sua forma, necessariamente, influência sobre a diferença do prédio e seu objeto: as servidões são conseqüentemente diferentes segundo a sua substância. Resulta daqui a divisão

2 L. 1. D. de servit. (8, 1); L. 4, 20 § 3. D. de servit. pr. rust. (8, 3).
3 L. 8 pr. D. de servit. (8, 1).

que faz o direito romano em *servitutes praediorum urbanorum* e *rusticorum*. As expressões *praedia urbana* e *praedia rustica* não podem ser tomadas aqui pela situação dos prédios, mas conforme o seu objeto: *praedia urbana* são edifícios; *praedia rustica* lugar não edificado; e quando ambos se reúnem em o mesmo prédio dominante decidirá então a parte do prédio sobre o qual única e principalmente se refere à substância da servidão.

Das servidões *praediorum rusticorum* existem principalmente quatro, as quais estão em relação com as primeiras e mais simples necessidades da lavoura: *iter*, *actus*, *via aquaeductus*[4]; estas servidões são provavelmente as mais antigas. As servidões *praediorum urbanorum* são aquelas que recebem benefícios, ou os fornece a prédios por restrições feitas a outros prédios; como por exemplo: *servitus oneris ferendi*; *servitus tigni imissi*[5]; *servitus projiciendi*, e *protegendi*[6]; *servitus stillicidii*; *servitus fumi emmittendi*, *cloacae*[7]; *servitus altius non tollendo*, *ne luminibus officiatur*, *ne prospectus officiatur*, etc[8].

Servidões pessoais são aquelas, que se estabeleceram em uma cousa para benefício de uma pessoa. A jurisprudência romana conhecia quatro: *usus*, *ususfructus*, *habitatio*, e o direito às opera *servorum*, *s. animalium*[9].

A ação que se tinha era uma *in rem actio*[10].

O modo de se constituir uma ação era análogo aos princípios estabelecidos para transmissão do domínio; só havia esta diferença, que sendo cousa incorpórea como era não tinha lugar uma *traditio*[11]. As servidões rústicas como fossem contadas no número das *res mancipi* só podiam ser constituídas pela *mancipação*, ou *in jure cessio*[12]. Este direito ainda foi ampliado de dous modos; em primeiro lugar acontecia muitas vezes, que alguém constituía para outrem uma servidão por um contrato, e dela o

---

4 L. 1. D. de servit. pr. rust. (8, 3).
5 L. 2. D. de servit. pr. urb. (8, 2).
6 L. 2 cit.; L. 242, § 1. D. de V. S. (50, 16).
7 L. 7. D. se servit. (8, 1); L. 8 § 5. D. de servit. (8, 5).
8 L. 4, 11, 12, 15-17. D. de servit. pr. urb. (8, 2).
9 Dig. Lib. VII, T. 1, 7, 8; Inst. L. II, Tit. 4, 5.
10 Gai. IV, 3.
11 Gai. II, 19, 28; L. 3 § 2. D. de act emti (19, 1).
12 Gai. II, 29, 30, 32; Ulp. XIX, 11; Vatic. Frg. § 45.

deixava gozar de fato sem transferi-la pela *mancipação* ou *in jure cessio*, neste caso tinha lugar, por analogia, o mesmo que acontecia a respeito de uma *res mancipi*, e que só fora dada pela *traditio*, e por isso só em domínio natural de quem a recebeu. Daí vinha que a jurisprudência considerava o uso de uma, e o consentimento da outra parte como uma *traditio*[13], e debaixo deste ponto de vista, concedeu-se para uma tal servidão a garantia de pretor[14], isto é aplicação da ação *publiciana*, e dos interditos[15]. Em segundo lugar, estava-se em dúvida quando pela ventura se quisesse constituir uma servidão em um prédio provincial, em que não era possível nem uma *mancipação*, nem uma *in jure cessio*: decidiu-se que para este caso fossem as servidões constituídas simplesmente por fatos ou estipulações[16]. Este direito foi revogado por Justiniano, e, segundo as modificações feitas ao domínio, deixou também de ser aplicada a *mancipatio* e *in jure cessio* para aqui[17]. A *actio publiciana* tornou-se da mesma forma quase inútil; entretanto, que conservou ainda toda a sua validade para o caso em que se tivesse adquirido a servidão *bona fide* de um outro que não fosse o *dominus*[18].

Outro modo de constituir a servidão tinha lugar no usufruto por meio da dedução, e era quando o dono alienando uma cousa sua a outra pessoa reservava para si o usufruto. Esta reserva porém só tinha validade quando a transmissão do domínio tivesse lugar ou pela *mancipatio*, ou pela *in jure cessio*, em que estava pois compreendida a reserva na forma civil do ato principal[19]. Pela *traditio* ficava ela sendo de nenhum efeito, mesmo quando fosse uma *res nec mancipi*, para as quais, entretanto, bastava a *traditio* para transmissão do domínio[20]. Por direito justinianeu, desapareceu

---

13 L. 20. D. de servit. (8, 1); L. 1 § 2 D. de servit. praed. rust. (8, 3); L. 25, § 7. D. usufrut. (7, 1); L. 3. D. si usufr. petat. (7, 6).

14 Vatic. Frgm. § 61; L. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7, 4); L. 9, § 1. D. usufr. quemadm. cav. (7, 9); L. 1, § 2. D. de servit. praed. rust. (8, 3).

15 L. 11, § 1. Publ. (6, 2); L. 20. D. de servit. (8, 1); L. 16. D. si servit. vind. (8, 5); L. 1, § 9. D. de superfic. (43, 18); L. 1, § 1, 2. D. de itin. (43, 19).

16 Gai. II, 31.

17 § 4. I. de servit. (2, 3); § 1. I. de usufr. (2, 4); L. 3. pr. D. de usufr. (7, 1).

18 L. 11 § 1. D. de Publ. (6, 2).

19 Gai. II, 33; Vatic. Frgm. § (47, 50, 51).

20 Vatic. Frgm. § 47.

também esta restrição. Daí vem estar *tradere* no lugar onde se devera dizer *mancipare*[21].

As servidões podem também ser constituídas por legados[22]. Já muito no princípio se fez menção de legados de um usufruto sobre todos os bens[23], e isto deu causa a se publicar um *Sctum* permitindo que o usufruto de certo modo podia ter lugar mesmo naquelas cousas *quae usu consumuntur vet minuuntur*[24]. Assim se constituía uma servidão por adjudicação em uma ação divisória[25], como também pela confirmação em divisão, ou assinação de terrenos do Estado.

Não se dava aquisição de uma servidão pelo usucapião[26]; e até mesmo é mencionada uma *Lex Scribonia* que revogara o usucapião da servidão[27].

A jurisprudência contou porém como título legal, pelo menos quanto às servidões prediais, o uso quando podia ser provado o longo tempo; e para este caso deu-se um direito de ação[28].

Extinguia-se a servidão de diferentes modos. Quanto ao que diz respeito à história, o principal era o *non usus* cujos primeiros vestígios encontramos nas Pandectas, e por forma que se pode coligir ter existido já muito antes[29]. As servidões *praediorum rusticorum* podiam extinguir-se pelo *non usus*; ao passo que para as servidões *praediorum urbanorum* exigia-se uma *usucapio libertatis* da parte do obrigado[30]. A duração necessária do *non usus* regulava-se por analogia pelo usucapião; assim a *servitus* de uma *res immobilis* por exemplo ia perdida por um *non usus* de dous anos. De

21 Vatic. Frgm. § 80; L. 3 § 1. D. de usufr. acresc. (7, 2).
22 L. 3 pr., L. 6. pr. D. de usufr. (7, 1); § 4 I. de servit. (2, 3); § 1. I. de usuf. (2, 4).
23 Cic. pro Caec. 4.; Top. 3.
24 Ulp. XXIV, 26, 27; L. 1-5. D. de usufr. ear. Rer. (7, 5); § 2. I. de usufr. (2, 4).
25 L. 6 § 1. D. de usufr. (7, 1); L. 22 § 3. D. de fam. Herc. (10, 2); Vatic. Frgm. § 47.
26 L. 14 pr. D. de servitut. (8, 1); L. 43 § 1. D. de adqu. Rer. Dom. (41, 1).
27 L. 4 § 29. D. de usurp. (41, 3).
28 L. 10. D. si servit. vind. (8, 5); L. 1 § 23 D. de aqua et a q. pluv arcend. (39, 3); L. 5 § 3. D. de itin. (43, 19); L. 1. 2. C. de servit. (3, 34).
29 L. 4 § 29. D. de usurp. (3, 34).
30 L. 6. D. de serv. Pr. urb. (8, 2).

Justiniano temos duas ordenanças, em que manda na primeira que pudesse o usufruto acabar pelo não uso de dous anos; e que ficasse pertencendo ao usufrutuário até a sua morte; exceto se ele por tanto tempo não tivesse dele usado de maneira que contra ele se pudesse apresentar a *longi temporis praescriptio*, caso quisesse demandar a cousa como dono. Na segunda ordenança mandou que esta que acima fica referida, e que só se estendia ao usufruto, se entendesse para todas as servidões[31]. Deste modo, por direito justinianeu, toda servidão que não fosse usada por espaço de dez ou vinte anos ia perdida.

II. *EMPHYTEUSIS E SUPERFICIES*

§ 56. *Superficies*. Em sentido lato chama-se *superficies* tudo o que está firme na superfície de um terreno – principalmente edifícios; em sentido estrito chama-se particularmente àqueles edifícios que pertencem-nos, mas que estão em solo estranho, e que se denominam *superficiaria aedificia*; assim como *superficiarius* é a expressão que designa aquele que tem a superfície. Pode por conseguinte ser permitido a alguém edificar em solo estranho, o que lhe deverá pertencer, não lhe cabendo porém o domínio, por não se tornar ele *dominus* do solo; assim também alugar um prédio ou um andar do mesmo para sempre ou para muito tempo; dar-se uma compra pela qual o direito do comprador se limite ao edifício sem o solo (à superfície). O dinheiro do aluguel que pelo solo deve ser pago, e pelo qual é permitido ao privilegiado ter sobre ele uma *superficies* – chama-se *solarium*[32]. O pretor garantia ao privilegiado a posse da superfície pelo *interdictum de supeficie*, que é uma semelhança do *interdictum uti possidetis*; e também por uma *utilis in rem actio*, análoga à ação do *dominus*[33]. Reservava-se ele uma *causae cognitio*, por isso que se não entendia ser todo e qualquer alugador um possuidor jurídico; reserva esta que se acha no interdito nas palavras *ex lege locationis*.

Como já muitas vezes dissemos, houve tempo em Roma em que talvez o Estado fosse *dominus* de todo terreno, tendo os cidadãos somente

31 L. 13. C. (3, 34).

32 L. 15. D. qui pot. (20, 4); L. 2 § 17. D. ne quid loco publ. (43, 8).

33 Dig. XLIII, 18 de superficiebus.

a posse, o que mesmo tinha validade com relação ao *territorium* em que a cidade estava edificada. Se permitia a alguém edificar em um *locus publicus*, cabia-lhe o direito de superfície[34]; e assim se concedeu à plebe o habitar Aventino pela *Lex Icilia de Aventino* do ano 298 U.c.[35].

O *superficiarius* tinha todo o poder sobre o edifício como superfície, tanto quanto, pelo negócio pelo qual obtivera esse direito, fosse convencionado. O seu direito é um *jus in re*, por isso que o prédio principalmente não lhe pertence, e só sim a superfície; porém é um *jus in re* pelo qual lhe está a superfície, considerada em si mesma, completamente sujeita. Também não é só limitado a sua pessoa, por isso que a pode alienar, e passar a seus herdeiros[36]; o pretor reconhecia valiosa a hipoteca e servidão que ele porventura tivesse constituído na superfície, direitos estes que não se extinguem senão com a própria *superficies*[37].

Diferenciavam os romanos por direito antigo o *ager vectigalis* do *emphyteusis*. *Agri vectigales* chamavam-se em geral àqueles terrenos que estavam sujeitos a pagar um imposto ao Estado, ou a uma corporação pública. Este imposto chamava-se *vectigal*, e assim se chamava, em geral para diferença do que uma pessoa devia pagar de todos os seus bens, que se denominava então – *tributum*, *stipendium*, *aes equestre*, *aes hordiarium*[38]. Em primeiro lugar, estava sujeito ao *vectigal* o *ager publicus populi romani*, quando no gozo de um ou outro indivíduo. Com as conquistas, logo que o terreno conquistado não era destinado para dotação de colônias, principalmente o despovoado, era distribuído àqueles que o queriam ocupar, algumas vezes para posse, mediante um décimo dos frutos conjuntamente com a *scriptura*[39]. Nas províncias além destes *agri vectigales*, havia outros de diferente espécie. Aí não eram só *agri publici* os que estavam sujeitos ao *vectigal*, mas também os *agri privati*, de maneira que todo terreno pro-

34 L. 2 § 17 D. ne quid in loco pub. (43, 8).
35 Dionys. X 31, 32; Festus v. Plebeius.
36 L. 1 § 7. D. de superf. 43, 18; L. 11 D. de famil. here. (10, 2); L. 86 § 4 D. de leg. I. (30).
37 L. 1 § 6. 9. D. de superfície. (43, 18); L. 13 § 3, D. de pign. (20, 1).
38 Festus, v. Vectigal.
39 Festus v. scripturarius ager.

vincial era considerado como propriedade de Estado. Destes *agri vectigales* de que fala Hygin. P. 198. Goes. – cujos possuidores eram *domini* tanto quanto se podia considerar um domínio em fundos provinciais – não tratamos aqui.

A concessão de uma parte do *ager publicus* a um indivíduo para seu gozo mediante um *vectigal*, dava lugar a uma *locatio* deste imposto a *publicani*, e era de cinco em cinco anos. Não confundamos esta *locatio* do *vectigal* com a do *ager*. Muitas vezes porém estavam ambas ligadas pois que, um distrito inteiro era concedido por cem anos a um *manceps*[40], o qual então o arrendava a um e a outro. O *manceps* não só era locador do *ager vectigales* como do mesmo *vectigal*; o mesmo tinha lugar quando o distrito de um município com cujo território limita, lhe é concedido mediante um imposto fixo pago ao Estado pela caixa da cidade. Independente de imposto, faziam-se também concessões às municipalidades[41].

Assim caíram os *agri vectigales* na posse das cidades, e a foram trocando em domínio. As terras das municipalidades urbanas eram em parte *agri vectigales*, e em parte *agri non vectigales*, propriedade urbana, que não provinha do *ager publicus populi romani*[42]. Aqueles eram dados para o gozo perpétuo de um indivíduo; eram arrendados para sempre com a condição do pagamento exato do tributo ao *mancipio*; estes eram arrendados anualmente por um espaço de tempo.

Tinham os sacerdotes e *virgines vestales* também *agri vectigales*, que geralmente eram arrendados por cinco anos, e muitas vezes também só por um ano[43]. O pretor dava ao *locator* de prédios públicos, assim como de *agri vectigales* um interdito contra toda e qualquer perturbação injusta. Com relação aos *agri vectigales* ainda fazia mais o pretor concedendo ao locador uma *utilis in rem actio* contra todo e qualquer possuidor, e até

---

40 Paul. ex Festo: Manceps dicitur qui quid a populo emit, conducitive, quia manu sublata significat se auctorem emtionis esse, qui item praes dicitur, quia tam debet praestare populo quod promisit, quam si qui pro eo praes factus est.

41 Hygin. P. 205 e seguitntes.

42 Paul. L. 1 pr. D. si ager vectig. (6, 3).

43 Hygin. P. 206. Goes.

mesmo contra o condutor[44]. Chamava-se à ação *actio vectigalis*[45]. Assim o direito do foreiro era considerado pelo pretor como um *jus in re*, e como tal alienável, e podendo passar para seus herdeiros; além disso, tinha ele a posse jurídica da cousa (e não uma simples *quasi possessio*), e por conseguinte direito aos frutos no momento da separação[46]. Para o caso de um arrendamento perpétuo fica o direito do foreiro tão semelhante ao do *dominus*, que se podia perguntar se o contrato se não poderia considerar como uma venda, isto é, se o direito do possuidor não seria a considerar como de um *dominus*[47]. Gaius decide negativamente, e do mesmo modo Paulus[48].

Desde Constantino que se não fala mais *agri vectigales*, isto porém é só quanto às palavras, por isso que a cousa, o aforamento de terrenos de cidades, e corporações religiosas continuou; e um igual aforamento foi recebido também para terrenos fiscais, e imperiais[49].

O imposto que pagava o foreiro ainda em parte era chamado *vectigal*, mas geralmente, porém, *canon*, *pensio*[50]. Com relação aos bens imperiais que por este modo eram distribuídos, diferenciavam-se: *fundi emphyteuticarii* (ou *juris emphyteuci*); *fundi patrimoniales* (ou *patrimonalis juris*); e *fundi rei private*[51].

A diferença consistia parte na administração, a que estavam sujeitos, parte em certos privilégios (isenções de certos encargos) de que dependem[52]. Nos dous últimos há aforamento feito por tempo certo, e aforamento perpétuo, e neste último caso eram chamados *fundi perpetuarii*, e os possuidores *perpetuari*[53].

---

44 L. 1, § 1; L. 2 D. si ager vectig. (6, 3); L. 3. D. eod.
45 L. 15, § 26. D. de dano inf. (39, 2).
46 L. 25, § 1. D. de usur. (22, 1).
47 Gai. III, 145.
48 L. 1, § 1. D. si ager vect. (6, 3).
49 Cod. Theod. X, 3.
50 L. 15. C. Th. (5, 13).
51 Jacob. Gothofred. ad Cod. Th. X, 3. paraktl.
52 L. 9. 10. C. de fundo patrim. (11, 61; L. 1, 3, 9, 12, 20. C. Th. de extrao. mun. (11, 16).
53 L. 20. C. Th. eod.; L. 33. C. Th. 5, 13; L. 1. C. J. de loc praed. civ. (11, 70).

Praedia emphyteuticaria eram talvez concedidos em *jus perpetuarium* mediante um *canon*. Talvez fossem, em princípio, terras desertas, e que por este modo se tornavam úteis, e que eram dadas para serem cultivadas, e daí o nome que lhe veio, e que encontramos em primeiro lugar em Ulpiano[54]. Depois chamou-se o direito de todo aforamento hereditário ou *perpetuarius*, *jus emphyteuticum*, fosse de que espécie fosse o fundo; não excetuando mesmo os *fundi patrimoniales*, bens de município, de igreja, e mesmo bens privados, cujos donos tivessem deles disposto por esse modo.

No direito justinianeu não se fala pois, senão no *jus emphyteutico*[55].

O mesmo que a respeito do *ager vectigalis*, perguntava-se, se o possuidor era ou não *dominus* no *emphyteusis*. Zenão decidiu que não fosse o direito enfiteuticário considerado um simples arrendamento, mas como uma alienação, um *jus in re*[56].

A obrigação principal do enfiteuta consistia em pagar o *canon* anual ao *dominus*, ou os impostos públicos, se o fundo a eles estava sujeito.

A alienação do *emphyteusis* era permitida ao enfiteuta, porém de modo que o outro fique sujeito às mesmas obrigações que ele[57].

O enfiteuta tinha a mesma ação que tinha o foreiro do *ager vectigalis*.

III. *HIPOTECA*

§ 57. Pelo direito de propriedade que temos sobre uma cousa, cabe-nos a faculdade de a trocar por outra, que necessitamos; ou então mesmo sem nos privarmos dela podemos receber a crédito a cousa de que precisamos; porquanto pela propriedade que temos, e pela qual damos uma segurança ao que empresta, obtemos crédito para isso. A nossa propriedade é que oferece ao credor uma garantia; e se quisermos tornar essa garantia um direito, então necessário será designar ao credor uma cousa

---

54 L. 3, § 4. D. de reb. eor. (27, 9); L. 13. C. de praed. minor. (5, 71).
55 Cod. IV, 66: de jure emphyteutico; § 3. J. de locat. (3, 24).
56 L. 1. C. de jure emphyt. (4, 66).
57 L. 1. C. de fund. Patrim. (11, 61).

que lhe oferecemos pelo crédito, ou valor que recebemos, e da qual poderá dispor no caso de o não satisfazermos. O ato pelo qual tem isto lugar chama-se hipoteca, *obligatio rei*, ou *pignoris*; a cousa que responde ao credor pelo seu direito é a sua hipoteca, *pignus*; o direito do credor por via da hipoteca, chama-se também hipoteca[58].

Já em os tempos mais antigos estava em uso garantir-se ao credor o seu direito; e isto tinha lugar pela maneira por que vamos expor.

Fiducia[59]. Segundo o espírito do primitivo direito civil, era pela *mancipatio*, ou *in jure cessio*[60], que se transferia ao credor o domínio da cousa que se lhe queria hipotecar, que lhe era dada para sua garantia, e deveria servir para seu pagamento caso o devedor não fosse pontual. Tinha o credor direito de vender o objeto, porém, para se pagar, direito este que desapareceria com o pagamento da parte do devedor; porquanto, se é verdade que o credor ficava tendo um direito sobre a cousa, o devedor também não deixava de ter o seu, por isso que definitivamente ainda não tinha renunciado à sua cousa. Pela *mancipação* ou *in jure cessio* obtinha o credor poder sobre a cousa, e por ele se tornava capaz de vendê-la, por isso que ela lhe pertencia; assim também o devedor tinha direito a uma ação para exigir a remancipação da cousa, tendo satisfeito ao credor dentro do prazo. Essa promessa de remancipação chama-se *fiducia*, *fiduciam contrahere*[61]; donde vem o nome *fiducia* para esta hipoteca, e para o seu objeto[62]. Deste modo podiam ser *mancipados* todos aqueles objetos capazes de serem *mancipados*, ou *in jure* cedidos: isto é, não só cousas porém também filhos por seus pais, em poder dos quais se achavam, e sobre os quais o credor adquiria o mancípio, com aquela convenção[63]. Pelo exposto vemos que a hipoteca não era um direito particular, era domínio (ou *mancipium*); e do mesmo modo ter o credor o direito de vender não era o que havia nela de mais par-

58 Em alemão chama-se Verpfändung, o ato; a cousa hipotecada, Pfand; e ao direito do credor, Pfandrecht.

59 Gai. II, 59 e seguintes; Paul sent. rec. II, 13.

60 Gai. II, 59.

61 Gai. II, 60; III, 201.

62 Paul sent. II, 13; Isidor. orig. V, 25, 23.

63 Liv. II, 24.

ticular, mas o ser ele obrigado pelo direito do devedor à restituição. Assim para todas as outras intenções da hipoteca era este sem dúvida alguma o meio mais seguro, e o mais simples. Por ele o credor como *dominus*, podia satisfazer-se muito comodamente, e nem podia ter lugar colisão de muitos hipotecários sobre o objeto, por isso que não se podiam dar muitos donos *in solidum*. O inconveniente que esta hipoteca parece trazer ao devedor privando-o do gozo da sua cousa, era sanado por poder o credor transferir-lhe a cousa como *precarium*[64], ou alugando-a[65], o que era costume, quando não corria risco de poder o devedor subtraí-la ao credor, por isso, que de direito tinha este uma vindicação, e os meios judiciários possessórios para sua garantia. O credor tinha o direito de vender o objeto, logo que não fosse satisfeito; e este direito não lhe podia ser tirado[66] por uma promessa (*ut fiduciam sibi vendere non liceat*). Enquanto não tivesse lugar a venda tinha o devedor a *fiduciae actio*, fazendo o pagamento. Porém, mesmo sem a venda podia extinguir-se esta ação dando-se o caso de ter havido entre o credor e o devedor um acordo pelo qual logo que não se fizesse o pagamento no tempo determinado viesse a caber ao credor a cousa, pelo direito que ele tinha. A este acordo ou promessa chamou-se *Lex Commissoria*; e assim a hipoteca tinha por substância, ou o direito de venda a favor do credor, ou a convenção de ficar ele com o objeto[67]. Esta *Lex Commissoria* estava muito em uso; mas Constantino a proibiu em todas as hipotecas e mandou que fosse de nenhum vigor[68].

Pignus – Tem ele lugar pela transferência de uma cousa para posse jurídica do credor, que se obriga a restituí-la, logo que seja satisfeito. Era análogo à *fiducia*, não era um negócio solene; e o credor não se tornava *dominus*, mas possuidor; a sua obrigação não era um negócio de direito civil, do qual nascia a *actio fiduciae*, porém, de *contractus juris gentium*, que era concluído por simples *traditio* (*re*, não *mancipio*), com a *actio*

---

64 Isidor. orig. V, 25, 17: precarium est, dum prece creditor rogatur permitii, debitorum in possessione fundi sibi obligatio demorari et ex eo fructus capere.

65 Gai. II, 60.

66 Paul. II, 13, 5; e II, 5, 1; L. 4. de pign. Act. (13, 7).

67 Cic. pro Flacco 21; Vatic. Frgm. 9.

68 Cod. Th. III, 2: de commissoria rescindenda. Cod. Just. VIII, 35: de pact. Pign. et de lege comm. in pignorib. rescindenda.

pignoraticia. Este *pignus* era com certeza mais moderno do que a *fiducia*; a sua influência muito mais incompleta do que a da *fiducia*. O credor tinha a posse e esta não lhe podia ser tirada por disposições do devedor. A alienação era impossível ao devedor tanto quanto o credor tivesse a posse, pelo menos era impossível em *res mobiles*; nas *immobiles*, e que podiam ser mancipadas pelo não possuidor, não tinha o credor a mesma garantia. De que ele pudesse defender-se contra a vindicação do devedor, devemos crê-lo (mesmo no tempo das *legis actiones*, quando ainda se não davam as exceções); porém contra a vindicação do sucessor singular não diremos o mesmo. Também era costume entregar o credor a cousa ao devedor como *precarium*[69]; tanto quanto em poder deste e de seus herdeiros estava o credor garantido e podia imediatamente reavê-la (por isso que tinha contra o *interdictum de vi*, ou *utrubi*, a *exceptio precariae possessionis*)[70], ou exigi-la com o *interdictum de precario*. No caso de ter o credor alienado o objeto, tinha o devedor contra ele o interdito; porém não contra o comprador. Se o credor vendesse a cousa, não lesava o direito do devedor, só transferia para o comprador a posse, e a *conditio usucapiendi*. Com a *Publiciana* foi melhorada a condição do comprador, e a do hipotecário.

Uma outra espécie de *pignus* havia à qual os romanos chamavam *antichresis* (αντίχρησις). Consistia em entregar ao credor uma cousa tendo ele direito aos frutos que lhe eram dados pelos juros. Os jurisconsultos romanos consideravam a anticrese análoga ao *pignus*; além disso esta convenção podia ter lugar com todas as hipotecas[71].

Hypotheca. Nem sempre exigia a hipoteca um pacto expresso, por isso que se davam caso sem que o credor tacitamente, e de direito, adquiria uma hipoteca. Casos desta natureza eram já mencionados por jurisconsultos do segundo século[72]; outros foram introduzidos por senatusconsultos e constituições imperiais, e muitos por Justiniano particularmente. A hipoteca podia também abranger todos os bens, de maneira que tudo o que o devedor adquiria, ainda quando mesmo tivesse alienado, permanecia

---

69 L. 6 § 4. D. de precar. (43, 26).

70 Oaul. V, 6, 7.

71 L. 11 § 1. d. de pignor. 920, 1; L. 1 § 3, eod. ; L. 17. C. de usur. (4, 32).

72 L. 4, 7. D. in quib. caus. pign. (20, 2).

sujeito à hipoteca[73]. Daqui provinha um risco para o terceiro que, ignorando a hipoteca, comprasse a cousa hipotecada, que lhe podia depois ser exigida com a ação hipotecária. Os romanos contentavam-se de ameaçar com uma pena ao devedor que vendesse uma cousa hipotecada calando-se sobre a hipoteca[74]. Outra colisão também se dava quando o mesmo objeto se achava hipotecado a diversos. Segundo os princípios de direito, o mais antigo preferia aos outros. Pela jurisprudência[75], e em parte por alguns direitos provinciais[76] davam-se exceções, que foram ampliadas por constituições imperiais, principalmente a favor do fisco. O antigo princípio prevaleceu sempre. Entretanto, podendo o devedor, em certos casos, dar a favor de um credor que quisesse proteger, como mais antiga a sua hipoteca, do que ela realmente era, procurou o imperador Leão evitá-lo, mandando que aqueles que apresentassem um documento autêntico ou assinado por três testemunhas, tivessem preferência aos outros[77].

---

73 L. 47 pr. D. de jure fisci (49, 14).
74 L. 3 § 1. D. de stellion. (47, 20).
75 L. 5. D. de stellion. (47, 20).
76 Plinius, epist. X, 109, 110.
77 L. 11. C. qui potior (8, 18).

Livro III

. . . .

Direito de Sucessão

INTRODUÇÃO

I. DA SUCESSÃO UNIVERSAL DO DIREITO ROMANO EM GERAL*.

§ 58. PODIAM os bens de uma pessoa passar para outra de uma só vez e por um único ato de aquisição, de maneira que entrava essa pessoa para o lugar do até então possuidor; e isto sem tradição ou cessão das obrigações: tal é a *aquisitio s. sucessio per universitatem*[1]. Sucessões universais tinham lugar nos bens de pessoa ainda viva, ou nos que deixava o defunto; o que era mais usual.

Sucessão universal nos bens de pessoa ainda viva tinha lugar em muitos casos por pena. Primeiramente quando os bens todos, ou uma quota deles, eram tirados para o fisco, *publicatio s. proscriptio bonorum*, que hoje chamamos confiscação. A confiscação era considerada como

---

* II. A, Shwanert, Enumeratio per universitatem successionum quae extant in jure Rom. Praeter herdeditatem, et bonorum possessionem. Gött. 1846. 4.

1 L. 1 § 13. D. quod legator. (43, 3); L. 24 § 1. D. de damno infecto (39, 2); L. 3 § 1. D. de exc. Rei vend. et tradit. (21, 3).

uma pena[2], ficava, porém, o estado responsável pelas dívidas[3]; e por um edito dos pretores do tempo dos imperadores, só a quanto chegassem os bens confiscados[4]. Já a Rômulo se atribuía uma lei que ameaçava com pena de confiscação em a metade dos bens ao pai que matasse filho seu ainda menor de três anos[5]. Por direito posterior muitos eram os delitos que davam lugar à confiscação de bens; e no tempo dos imperadores, a todo o condenado à morte, e do mesmo modo a todo aquele que sofresse uma *capitis dimin. media* eram seus bens confiscados[6]. Cláudio mandou que os filhos do delinqüente ficassem com o pecúlio, que este lhes tivesse concedido[7]. Quando o delito tivesse sido cometido por um *filho-familias* e viesse a ter lugar a confiscação, mandou Alexandre Severo, que ficasse o pai com o *peculium castrense*, e *quasi castrense* do filho[8]. O dote da filha em caso algum era confiscado[9]. Se os bens de uma mulher fossem confiscados por crime que não o de lesa-majestade, nem de homicídio, ficava o marido com o dote[10]. Por outro lado à mulher do delinqüente era conservado o seu dote[11]. Constantino ordenou que este princípio só estendesse a todas as doações feitas pelo marido à mulher[12], ao que Justiniano finalmente acrescentou que, quando ela não tivesse dote, se lhe desse ¼ dos bens confiscados[13].

Muitos casos ainda se davam por direito romano em que nos bens de uma pessoa viva havia uma sucessão universal a favor de uma

---

2 8 § 3. D. de bon. damn. (48, 20).
3 L. 4. 10. pr. D. de bon damnat. (48, 20); L. 1. C. de fidejuss. (8, 41); L. 2. C. ad leg. Jul. de vi publ. (9, 12); L. 5. C. de bon. proscript. (9, 49).
4 L. 1 § 1; L. 11. D. de jure fisci (49, 19); L. 8 § 1. D. qui testam. fac. poss. (28, 1).
5 Dionys. H. II, 15.
6 L. 1 pr. D. de bon. damnat. (48, 20); L. 10. C. de bon. prosc. (9, 49).
7 L. 3 § 4 in finc. D. de minorib. (4, 4).
8 L. 3. C. de bon. prosc. (9, 49).
9 L. 6 § 1. D. de usur. (22, 1); L. 42 pr. D. soluto matrim. (24, 3); L. 8 § 4; L. 10 § 1 D. de bon. damn. (48, 20).
10 L. 3-5. D. eod.
11 L. 2 § 1. D. de fundo dot. (23, 5).
12 L. 1. C. Th. de bon prosc. (9, 42).
13 Nov. 117 c. 5; Nov. 134. c. 13.

particular; como acontecia quando alguém era reduzido por pena à escravidão[14], já por se ter feito vender dolosamente *pretii participandi causa*[15], já quando a manumissão *propter ingratitudinem* era revogada[16]; e do mesmo modo nos casos do *Senatusconsultum Claudianum* tanto quanto esteve em vigor[17]; já sempre que o devedor pela *manus injectio* era reduzido à escravidão[18], e assim o *fur manifestus*[19]. Os demais casos são todos do tempo de Justiniano. Assim aquele que raptasse uma mulher contra sua vontade, à raptada cabiam todos os seus bens[20]. Aquele que contraísse uma união incestuosa sabendo que o fazia, no caso de ter filhos do primeiro matrimônio, passava logo seus bens a estes filhos com obrigação, porém, de os alimentarem[21]. A viúva que tivesse casado antes de completar o luto, podia livrar-se das penas, que lhe eram impostas pela lei, entregando aos filhos do seu primeiro leito metade dos bens[22].

Ainda mesmo sem ser por pena encontramos uma sucessão universal nos bens de pessoa ainda viva por *capitis diminutio minima* de um *homo sui juris*; pela *in manum conventio* de uma *femina suis juris*[23]; pela arrogação[24]; pela *causae probatio* quando vinham os filhos a cair sob a *patria potestas*; pela legitimação; e da mesma maneira por revogação da emancipação *propter ingratitudinem*, cabendo por direito antigo os bens do *capite minutus* àquele a cujo poder ficasse sujeito, porém, sem as dívidas[25], com o que estava ligado a *in integrum restitutio propter capitis diminutionem*, que

---

14 L. 6. D. de in integr. rest. (4, 1); L. 2. pr. D. de fundo dotal. (23, 5); L. 32 § 6. D. de donat. V. et U. (24, 1); § 1. I. de suc. subl. (3, 12).
15 Veja-se o § 8º.
16 Eodem.
17 Eodem.
18 Eodem.
19 Eodem.
20 L. un. § 1. C. de raptu virg. (9, 13).
21 Nov. 12. c. 2.
22 Nov. 22 c. 22.
23 Cic. pro Flacco c. 4; Gai. III, 82-84; IV, 38.
24 Gai. III, 82; L. 15 pr. D. de adopt. (1, 7); pr. § 1. 2. I. de adquir. per arrog. (3, 10).
25 Gai. III, 84; L. 42, D. de pecul. (15, 1).

acabou por direito Justinianeo, tendo desaparecido a *in manum conventio*, e a *causae probatio*; e com relação aos outros casos, segundo os princípios estabelecidos por Justiniano quanto à arrogação, vinha o pai a ter simplesmente o usufruto dos bens e, por conseguinte a tanto quanto chegassem esses bens devia ele satisfazer as dívidas[26]. Pela *sectio bonorum* em concurso – quando o credor achava ocasião de comprar a massa dos bens vindo a passar para o comprador todos os do devedor, sem dívidas, por isso que para estas dava ele o dinheiro[27].

Por morte de um indivíduo tem lugar uma sucessão universal nos bens que deixa. Pode conjuntamente com esta dar-se uma sucessão singular em alguns bens pertencentes à massa, e isto já por determinação legal, como por exemplo: quando o dote que o pai fizera ao filho, por morte daquele vinha a pertencer a este, assim como quando por determinação do defunto (*legatum*, *fideicommissum*, *donatio mortis causa*); o que, porém, era tudo acidental, e pouco essencial, quando havia quem tivesse direito à sucessão universal. O direito a esta sucessão universal é o que se chama herança (em al. *Erbrecht*) em sentido subjetivo; à sucessão também chamamos herança *hereditas*[28] (em al. *Erbfolge*): ao sucessor chama-se *heres*[29]. Podemos ser herdeiros, ou por nossa vontade, ou contra ela. No primeiro caso duas cousas devemos diferenciar: *delata hereditas*, deferimento da herança, *adquisita hereditas*, aquisição da herança. A aquisição deve supor uma circunstância que torne a sucessão possível. Dão-se duas causas de deferimento da herança *jure civili*: a vontade do defunto, *testamentum*, *testamentaria hereditas*; e uma lei, *lex* ou *quod legis vicem obtinet*, *legitima hereditas*. Ambas supõem a morte do testador. Pelo deferimento não é que se dá a sucessão, porém, só então a possibilidade presente de ser herdeiro. A sucessão dá-se depois da aquisição, que consiste aqui em um ato da vontade. Contra a vontade podia-se ser herdeiro, *ipso jure*. Neste caso dá-se o deferimento e aquisição conjuntamente.

A sucessão ou é *ordinária*, ou *extraordinária*: no primeiro sentido é a que tem aplicação nos casos ordinários; no segundo só pertence aos

---

26 § 2. 3. I. de adquis. per arrog. (3, 10).

27 Varro de re rustica II, 10; Gai. II, 98; III, 77; pr. I. de success. subl. (3, 12).

28 L. 24 D. de V.S. (50, 16).

29 Heres: é o mesmo que herus, Festus v. herus.

casos excetuados; e por isso com relação a esta não se usa da expressão *heres* nem *hereditas*. Os casos mais freqüentes das sucessões extraordinárias têm origem no tempo dos imperadores; mas já pela Lei das XII Tábuas dava-se uma sucessão extraordinária para o fisco nos bens de uma vestal, quando morria sem testamento[30]; também sucedia o fisco por sucessão extraordinária, em parte pela *lex Cornelia testamentaria*, e em parte pela *lex Papia Poppaea* nos bens vacantes[31], a sucessão do pai estabelecida por Otaviano no *peculium castrense* e *quasi castrense* de seu filho, quando falecido sem testamento[32], a sucessão introduzida por Marco Aurélio dos escravos por via da *addictio bonorum libertatum servandarum causa*[33]; e finalmente a sucessão da viúva miserável introduzida por Justiniano; e do mesmo modo a sucessão da concubina, também de Justiniano.

II. HEREDITAS E BONORUM POSSESSIO

§ 59. É uma particularidade do direito de sucessão entre os romanos aparecer ele de duas formas, para o que muito contribuiu a divisão do direito romano em direito civil, e direito pretório. Encontramos um direito de sucessão do *jus civile*, *hereditas* propriamente dita, que tem sua origem na mais remota antiguidade; e o direito de sucessão do edito dos pretores sob o nome de *bonorum possessio*.

Desde o seu princípio pendia o direito romano para este pensamento: que a herança devia sofrer tão pequenas mudanças que parecesse sempre que o defunto ainda continuava a viver[34]. Herdar podia pelo menos desde a Lei das XII Tábuas todo e qualquer cidadão; a vontade do defunto era cumprida à risca[35]. A sua vontade, porém, devia ser expressa conforme as formalidades marcadas por lei; não sendo atendida em caso contrário. Esta declaração formal feita pelo defunto é o que entendemos

---

30 Gell. I, 12.
31 L. 22 § 1. D. de captiv. (49, 15); Gai. II, 15; Ulp. XXVIII, 7; L. 96 § 1. D. de legat. I (30); L. C. de bon. vac. (10, 10).
32 L. 1 § 3. 4. D. quando de pecul. act. ann. sit. (15, 2).
33 Pr. § 1-4. L. de eo cui lib. Causa bona add. (3, 11).
34 L. 24. D. de V. S. (50, 16).
35 Ulp. XI, 14; Gai. II, 224; Cic. de invent. II, 50.

por testamento[36]. Na falta de um testamento dava-se a sucessão *ab intestato*. Finalmente podia haver mesmo um testamento e ser, entretanto, combatido por certas causas. São estas disposições, com relação aos três casos mencionados, o que faz o fundamento do antigo direito de sucessão. O edito dos pretores dava, porém, a certa pessoas uma posse da herança, e a esta certa validade. Assim conjuntamente com o direito civil de sucessão apareceu outro modo de suceder por concessão da *bonorum possessio*; porquanto o pretor não podia dar a *hereditas* quando o *jus civile* não a dava, *praetor heredem facere non potest*, assim como se eles fossem herdeiros; donde veio chamar-se este direito de sucessão pretória – *bonorum possessio*, e aos herdeiros – *bonorum possessores*.

Em muitos casos dava o pretor a *bonorum possessio*; assim dava-a ele ao credor do devedor insolvente. Também a dava nos bens do defunto àqueles que reconhecia terem um direito à herança. O edito diferenciava dous casos: existência de um testamento, e herança *ab intestato*. Para o primeiro caso havia uma dúplice *bonorum possessio*: *contra tabulas*, e *secundum tabulas*. Para o segundo davam-se tantas *bonorum possessiones* quantas eram as classes de pessoas que, já conjunta, já separadamente com relação umas às outras, tinham direito à herança.

A *bonorum possessio* ou era *sine re* ou *cum re*[37].

A origem e primeira causa deste direito de sucessão é incerta, e sobre ela existem várias opiniões. Querem muitos jurisconsultos que a *bonorum possessio*, e o *interdictum quorum bonorum* fossem introduzidos em primeiro lugar para os herdeiros civis, a fim de lhes proporcionar a posse da herança mais facilmente, e que só depois é que vieram a estender-se a outras pessoas, devendo-se primeiro provar que se era herdeiro para então obter a *bonorum possessio*. Esta opinião é de ter sido dada a *bonorum possessio* em princípio *confirmandi juris civilis gratia*, mas para regular a posse para a *hereditatis petitio*. Opinião esta que só se funda em hipóteses. Outra opinião é: que a *bonorum possessio* de seu princípio foi contada ao direito de sucessão, e até como uma ampliação ao mesmo. No tempo da república

---

36 L. 1. D. qui test. fac. (28, 1); Ulp. XX, 1.
37 Ulp. XXVIII, 13; Gai III, 35-38.

tornavam-se cada vez mais insuportáveis as restrições feitas pelo *jus civile*; assim como na sucessão testamentária a exatidão de certas formalidades: por exemplo, no caso de um *posthumus agnatus* romper o testamento e entre tanto vir a morrer ainda antes do testador. Além disso o terem só os agnados direito à sucessão *ab intestato*, ao passo que com tanta facilidade podiam os bens tornar-se *res nullius* por direito civil. E porventura seria melhor isso do que chamar os cognados à sucessão? Acudiu, pois, o pretor a remediar esta falta, e assim como o *jus civile* permitia a posse de bens pertencentes à herança, assim deu o pretor a posse a certas pessoas que, na opinião de todos principiavam a ser tidos como os mais próximos à sucessão. Deu-lhes um meio para reaverem as cousas de outros possuidores *pro herede*, e os pôs em posição de se tornarem *heredes* pelo usucapião. Isto entendia-se principalmente naqueles casos em que o *jus civile* não marcava um *heres*, assim pois *supplendi juris civilis gratia*; naturalmente, porém, não era negada a *bonorum possessio* também ao *heres* – *confirmandi juris civilis gratia*; e finalmente podia por efeito dela vir-se a tirar a herança a um *heres* – *corrigendi juris civilis gratia*. A terceira opinião sobre a possibilidade da causa da *bonorum possessio* é a necessidade que havia de curar dos credores. Onde não se davam herdeiros – dava-se aos credores a *bonorum possessio*.

. . . .

Capítulo I

DA SUCESSÃO *AB INTESTATO*

I. DA SUCESSÃO *AB INTESTATO* NOS BENS DE UM NÃO *MANUMISSUS*

A – *Antiga sucessão civil*

§ 60. O característico da sucessão legítima, ou *ab intestato* do antigo direito romano, era de fundar-se ela exclusivamente na *agnação*, e na sua ampliação à *gentilitas*; daí resultava que por qualquer *capitis diminutio minima* se perdia o direito de sucessão: a cognação só por si não dava direito algum a ela. A Lei das XII Tábuas chamava à sucessão logo que um *civis* morria *intestatus* em primeiro lugar: os *sui*. Estes de si mesmos eram herdeiros a menos que não fossem excluídos da sucessão; e por isso não lhes dava a Lei das XII Tábuas expressamente os bens, e sim aos agnados na falta dos *sui* que, propriamente falando, eram os *legitimi heredes*: *si intestato moritur cui suus heres necescit*, *agnatus proximus familiam habeto*[38]. *Sui* eram todos aqueles descendentes que estavam sujeitos

---

38 Ulp. XXVI. 1; Collat. XXI, 4.

à *patria potestas* na ocasião da morte do *pater-familias*[39], incluindo a *uxor in manu*[40], que para ele era como filha; assim como os descendentes que vieram a nascer depois, *posthumi*, e que já antes de sua morte tinham sido procriados, e teriam caído em seu poder[41]. Os netos e bisnetos &c. só herdavam quando os descendentes mais próximos dos quais eles descendiam do defunto, já tinham morrido ou estavam fora da família por adoção ou emancipação[42]; e então neste caso concorriam eles com os outros descendentes mais próximos de que não descendiam[43]. A divisão fazia-se de maneira que os filhos, sem diferença de sexo, dividissem *in capita*, i.é que recebessem *portiones viriles*; os descendentes porém em graus mais remotos sucediam *in stirpes*, i.é recebiam a parte do filho de quem descendiam, e a dividiam entre si[44]. Quando, porém, não haviam *sui heredes* eram então chamados pela Lei das XII Tábuas os agnados do defunto: à sucessão era chamado aquele que estivesse em grau mais próximo; de modo que o mais próximo excluía o mais afastado; os agnados recebiam porções viris[45]. Nesta classe podiam também aqueles filhos cujo pai já não existia, e suas mães ou madrastas, herdarem-se mutuamente como agnados, quando estas últimas tivessem sido *uxor in manu* do defunto, por isso que eram então consideradas como filhas do falecido marido, e *soror consanguinea* dos filhos[46].

As fêmeas não eram chamadas à sucessão *ultra consanguinitatis gradum*, e muito provavelmente já pela Lei das XII Tábuas[47]. A *lex Voconia* restringiu-lhes muito a capacidade de poderem ser lembradas em

---

39 Gai. III, 2; Ulp. XXVI, 7; § 2-7. I. de her. quae ab int. (3, 1); L. 13. D. de suis et legat. (38, 16).

40 Gai. III. 3; Collat. XVI, § 2.

41 § 8. I. de her. quae ab int. (3, 1); Gai. III, 4-6; Collat. L.c.; L. 4. C. de suis et legit. hered. (6, 54).

42 § 7, 9, 10, 11, I. eod.; L. 1 § 4-8. D. de suis et legit. (33, 16).

43 § 6. I. eod.; Gai. III, 7; L. 3. C. de suis et legit. hered. (6, 55).

44 § 6. I, eod.; Gai. III, 8; Ulp. XXVI, 2; Collat. XVI, § 3. L. 2. C. de suis, (6, 55).

45 Cic. Quaest. Tusc. III, c. 5; de Inv. II, c. 50; ad Herenn. I, c. 3; Ulp. XXVI, § 1 e 5; Collat. XVI, 2; § 2, 4; Gai. III, 9, 11; Tit. I de legit. agnat. succ. (3, 2).

46 Collat. XVI. 6; Dionys. H. II, 25.

47 Gai. III, 18-24; Ulp. XXVI, 6.

testamento, e daí vem o ter a *interpretatio prudentium* aplicado à sucessão *ab intestato* os fundamentos dessa lei, a *voconiana ratio*, como diz Paulo; e estabeleceu-se na praxe que, quando mesmo nos *sui heredes* e *consanguinei*, fossem compreendidas as fêmeas, por agnados só se deveriam entender homens, em conseqüência da antiga definição: *agnati sunt cognati virilis sexus per mares descendentes*[48]; de maneira que as mulheres só podiam herdar nas duas primeiras classes – na dos *sui* e dos *consanguinei*[49].

Uma particularidade do direito de sucessão antigo era este princípio: *in legitimis hereditatibus non est successio*; o que quer dizer que a herança era de uma só vez deferida aos herdeiros mais próximos, porém, logo que estes a não adquiriam, também não entravam em seu lugar os mais remotos, e sim tornava-se a herança *res nullius*; o que não se entendia com a classe dos *sui* por serem eles *ipso jure* herdeiros[52].

B – *Sucessão do direito pretório*

§ 61. Gradualmente se foi modificando o direito de sucessão, e já de si mesmo com a extinção da *gentilitas,* já pela admissão de outros princípios jurídicos. O pretor tratava os *bonorum possessores* como herdeiros[53]: deu-lhes as ações que eles teriam como herdeiros, como *utiles*, e também as ações contra eles da mesma forma (*ficais iis heredibus*). E eles tinham, por conseguinte, *as in rem actiones* do testador como *utiles*. O pretor considerava-o também como *dominus*, isto é, o *bonorum possessor* era *dominus bonitarius*. Pelo usucapião, *pro herede*, tornava-se ele *dominus*

---

48 Ulp. XXVI, 1; Collat. XVI, 3, 7; L. 2§ 1. D. de suis et legit. (38, 16).

49 Paul. sent. rec. IV, 8 § 22. Feminae ad hereditates legitimas ultra consaguineas successiones non admittuntur: idque jure civili Voconiano ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit. Collat. XVI § 3; Gai. III, 14, 23; Ulp. XXVI, 6; Theoph. III, 2 § 3. I. de leg. agnat. succ. (3, 2); L. 14. C. de legit. hered. (6, 58).

50 Collat. XVI, 4.

51 Gai. III, 17; Cic. in Verr. II, 1. c. 45; Sueton. in Caesare c. 1.

52 Gai. III. § 11-13 e 22; Ulp. XXI, 5; Paul. sent. rec. IV, 8, § 23; § 7. I. de legit. agnat. succ. (3, 2).

53 Gai. III, 32; Ulp. XXVIII, 12; § 2. I. de bon. poss. (3, 9).

es jure quiritium. Dava-lhe também o pretor as ações pessoais provenientes de obrigações pertencentes ao defunto como *utiles*; assim como também aos credores da herança contra eles dava as ações, como *utiles*[54].

No terceiro período foi também concedida aos *bonorum possessores* a *hereditatis petitio*, *possessoria hereditatis petitio*. O pretor concedia uma *bonorum possessio*: *si tabulae testamenti extabunt*; e neste último caso *contra tabulas*, ou *secundum tabulas*.

A *bonorum possessio* não era adquirida *ipso jure*, não havia *bonorum possessores necessarii*. Era ela adquirida pela declaração de que se queria, *agnitio*, *admissio*, *petitio bonorum possessionis*. Esta declaração podia ter lugar perante o magistrado, pretor, ou *praeses*.

Os pretores com a introdução das três classes *ex edito unde liberi*, *ex edito unde legitimi*, e *ex edicto unde cognati* davam a *bonorum possessio* não só aos agnados chamados à sucessão pelo *jus civile*, como também a todos os cognados até o sexto grau; em parte até mesmo ao sétimo; a alguns antes, a outros conjuntamente, a outros finalmente depois dos agnados. Numa quarta classe *ex edicto unde vir et uxor* até mesmo na falta de todos os parentes habilitados para sucederem dava-se ao esposo que sobrevivia a *intestati bonorum possessio*.

Under liberi. Esta classe compreendia os *sui heredes* como era por direito antigo[55]; além deles ainda os *emancipati*, filhos emancipados pelo defunto[56]; ao passo que os que de outro modo se achavam fora do pátrio poder eram sempre excluídos.[57] Quando porém o filho emancipado tinha os filhos em o pátrio poder do avô, i.é de seu pai, eram estes *sui*; porém, por direito pretório não sucediam eles ao avô, sucedia o filho emancipado; o filho e os netos herdavam conjuntamente, mas como ficassem os outros lesados com isso mandou-se que herdasse o filho tanto como se fosse *suus*, e desse então a metade a seus filhos, netos do defunto[58]. Quanto a serem

54 Gai. IV, 34; Ulp. XXVIII, 12.

55 § 3. I. de bon. poss. (3, 9); L. 1 § 6. D. si tab. test. nullae ex tab. unde liberi (38, 6); L. 5 § 1 D. unde legitimi (38, 7); L. 2. C. de suis et legit. hered. (6, 55).

56 Gai. III, 26; Ulp. XXVIII, 8; § 9. l. de hered. quae ab intest. (3, 1); L. 4, 5. D. si tab. test. nullae extab. (38, 6); L. 1. C. und. lib. (6, 14).

57 Ulp. l. c.; § 10-13. I. de hered. quae ab intest. (3, 1).

58 L. 1 pr. D. de conjungendis cum emancipat. liber ejus (37, 8).

os *emancipati* equiparados aos *sui* fez o pretor uma restrição; por isso que o *emancipatus* desde a sua emancipação principiava a adquirir para si, ao passo que tudo o que os *sui* adquirissem era para aquele a cujo pátrio poder estavam sujeitos; e como pelas aquisições do *suus* se aumentasse a herança, assim pela parte que cabia ao *emancipatus* diminuía a do *suus*, pelo que se mandou, que ele, *emancipatus*, ajuntasse seus bens à herança, *collatio bonorum*[59].

Unde legitimi. Nesta classe estavam compreendidos os *legitimi heredes* do antigo direito civil[60]; não eram só os *consanguinei* compreendidos, e os *aganati*, mas também os *sui heredes*[61]. Não os *capite minuti*, porque não eram *legitimi*. A sucessão nesta classe era no mais a mesma[62], e com relação à exclusão à sucessão dos agnados permaneceu ela em vigor[63]; assim como a antiga regra de poder ser só deferida ao agnado mais próximo, pelo que nada aproveitava ao que estivesse em grau mais remoto apresentar-se; e ainda mais, logo que o mais próximo tivesse deixado passar o tempo, caía a sucessão na terceira classe.

Unde cognati. Aqui eram compreendidos todos os parentes de ambos os sextos até o sexto grau, e do sétimo ainda os *ex sobrino, sobrinaque nati nataeve*[64]; e o mesmo acontecia, quer tivesse passado para outra família por adoção, ou por arrogação, quer não[65]. Os mais próximos excluíam sempre os mais remotos, ao passo que os que estivessem no mesmo grau recebiam *portiones viriles*. Nesta classe tinha lugar a *successio graduum*, de maneira que os parentes mais remotos podiam apresentar-se logo que os mais próximos tivessem deixado passar o seu tempo[66].

59 Dig. XXXVII, 6. de collatione (bonor).
60 L. 1. 2. § 2; L. 3. D. unde legit. (38, 7); Gai. III, 27.
61 L. 2. pr. D. unde legit. (38, 7); L. 1.§ 11. D. succ. ed. (38, 9).
62 L. 3, 5, 7, 9. C. de legit. Hered. (6, 58).
63 Gai. III, 29.
64 § 5. I. de succ. cognat. (3, 5); L. 1 § 3. D. unde cogant. (38, 8).
65 Gai. III, 27-31; Ulp. XXVIII, 9; § 13. I. de hered. quae ab int. (3, 1); pr. § 1-4. I. de succ. cogn. (3, 5); L. 1 pr. § 4; L. 2. D. unde cogn. (38, 8); L. 5 D. unde legit. (38, 7).
66 § 7 I. de leg. agn. succ. (3, 2); Ulp. XXVIII, 11.

Unde vir et uxor. Logo que não havia parentes, ou que ninguém tivesse procurado a *bonorum possessio*, cabia esta ao esposo que sobrevivia[67]. Isto, porém, com relação às núpcias sem a *conventio in manu*.

C – *Do novo direito de sucessão*

§ 62. Com o andar do tempo foi se tornando cada vez mais recebido o direito pretório. Tratemos agora do *jus civile* examinando as leis que apareceram do terceiro período em diante.

Do tempo de Adriano temos o *Senatusconsultum Tertulianum*[68]. Estabelece este senatusconsulto com exatidão a sucessão da mãe[69]. Devia esta estar depois da classe *unde liberi*, quando a esta classe pertencessem descendentes de seu filho falecido[70]; assim também devia ela ceder, com relação ao filho emancipado, ao pai, que herdava por via do seu direito de patrono, porém, não ao avô, quando deste provinha a emancipação[71]; do mesmo modo se entendia, que ela não podia suceder aos filhos, que ainda estavam em pátrio poder, nos bens de seu pecúlio castrense, por isso que estes pertenciam ao pai[72]. Ela, porém, preferia com relação aos filhos, quer legítimos, quer ilegítimos aos colaterais, tendo assim o próprio lugar na classe *unde legitimi*[73], mas isso, no caso de ser ela livre, de ter dado à luz três vezes, e como liberta quatro vezes, crianças capazes de vida, e não monstros[74].

Dava-se entretanto um caso em que a mãe herdava conjuntamente com os colaterais: quando o filho de quem herdava tinha pai, mas que desde seu nascimento achava-se fora da família por adoção, ou emancipação; ora, os *consanguinei* e *agnati* como *legitimi heredes* excluíam o pai

67 L. un. D. unde vir et uxor (38, 11); L. un. C. eod. (6, 18).
68 Paul. sent. rec. IV, 9; Inst. III, 3; Cod. VI, 56.
69 § 2. I. de Sct. Tertull. (3, 3).
70 § 3. I. eod.; L. 2 § 6-14; L. 5. D. ad Sct. Tertull. et Orphit. (38, 17).
71 § 3. I. eod. L. 2. § 15, 16. D. eod.
72 L. 10. pr. D. eod.
73 § 7. I. eod.
74 Paul. I. c.

neste caso, e este só podia aparecer na classe *unde cognati*, e igual direito àqueles deu o senatusconsulto à mãe, não concedendo portanto ao pai direito igual ao dela[75].

Do tempo de Marco Aurélio temos o *senatusconsultum Orphitianum*[76]. Por este senatusconsulto estabeleceu-se com relação à herança das mulheres uma classe *unde liberi*; e seus filhos, quer fossem legítimos, quer ilegítimos, eram seus herdeiros e preferiam a todos os outros parentes[77]. Este direito porém só era conferido aos filhos do primeiro grau, e não aos netos[78]. Quando a mãe era uma liberta exigia-se que o filho tivesse nascido depois da manumissão[79]; e aos filhos de uma *civis romana*, que do mesmo modo não tinha a *civitas* não era concedido este direito[80]. Os filhos de maneira alguma eram aqui considerados como *sui heredes*, e herdavam *ipso jure*[81].

Depois da publicação do *Senatusconsultum Orphitianum* até Constantino permaneceu a sucessão *ab intestato* como era; porém no tempo dos imperadores cristãos apareceram mais modificações, e muito principalmente nas duas primeiras classes da *bonorum possessio intestati*. Assim mandou Constantino (no ano 321), que a mãe que não tendo o *jus liberorum* herdasse de seu filho com os colaterais 1/3; que, porém, quando tivesse o *jus liberorum*, e existissem irmãos do pai do filho falecido, ou filhos ou netos destes, e fossem eles os colaterais mais próximos, que desse ela a estes 1/3 da herança, mesmo quando tivessem por uma *capitis diminutio minima* deixado de serem agnados do filho[82]. Valentiniano I ordenou (369), que os *frates consanguinei* do filho devessem preferir à mãe, por isso que seria inconseqüente deixar concorrer com ela o irmão do pai, e seus

---

75 L. 2 § 17, 18. D. eod.
76 Paul. sent. rec. IV, 10; Inst. III, 4; Cod. VI, 57.
77 Pr. § 1, 2. I. de Sct. Orphit. (3, 4); L. 1. § 2, 8; L. 4, 6, 9. D. de Sct. Tert. et Orphit. (38, 17); L. 3. C. Theod. de legit. hered. (5, 1).
78 § 1. I. eod.
79 Paul. l. c. § 2. ; L. 1 pr. § 3. D. eod.
80 Paul. l. c. § 3.
81 Paul. l. c. § 4; L. 1. C. de Sct. Tertull. (6, 56).
82 L. 1. C. Th. de legit. hered. (5, 1).
83 L. 2. C. Th. eod.

descendentes, quando os irmãos em grau mais próximo não a preferiam[83]; e talvez mesmo que também desse às *sorores consanguinae* metade da herança, com a mãe. Graciano (382) mandou, que quando a mãe herdasse de seu filho *ex testamento*, ou *ab intestato*, com irmãos destes, e se tornasse a casar, que tivesse ela só o usufruto de tais bens, e os irmãos o domínio[84]. Valentiniano II estendeu a aplicação do St. Orphitiano aos netos e descendentes das fêmeas[85], e estabeleceu, que os descendentes de uma filha já falecida por morte do testador, sendo iguais aos descendentes de um filho também já falecido, que entrassem em lugar de sua mãe; entretanto, se com outros descendentes só recebiam 2/3 da parte da herança materna; e quando fossem agnados os outros herdeiros mais próximos deviam ceder a estes 1/4 da herança[80]. Teodósio II (426) mandou também que os descendentes das fêmeas valessem como *sui heredes* com relação a elas e que herdassem *ipso jure*. Na falta de *consanguineos*, que a mãe herdasse ainda mesmo quando não tivesse o *jus liberorum*, não devendo dar só ao tio paterno ou seus descendentes varões 1/3 da herança, mas também aos irmãos emancipados de seus filhos[87].

A mãe que concorresse com os irmãos do filho não perderia em caso de passar a segundas núpcias toda a sua parte da herança; só nos *bonis paternis*, que o filho houvesse herdado de seu pai, perdia ela o domínio em benefício dos irmãos do filho[88]. A *bonorum possessio unde vir et uxor* deveria ser *sine re* logo que existissem como herdeiros próximos parentes capazes de suceder de qualquer modo que fosse[89]. Quando uma mãe que tinha sobre seus filhos a tutela (439) casasse antes de prestar contas, perdia todo e qualquer direito à herança deste[90].

A maior parte das outras modificações que não mencionamos, são do tempo de Justiniano.

---

84 L. 3 § 1. C. de secund. nupt. (5, 9).
85 L. 4. C. Th. de legit. hered. (5, 1).
86 L. 9. C. de suis et legit. (6, 55).
87 L. 7. C. Th. de legit. hered. (5, 1).
88 L. 9. C. Th. de legit. hered (5, 1).
89 L. 6. C. de Sct. Tertul. (6, 56).
90 v. Vangerow, Leitfaden. z. Pandektenvorlesungen. T. II. p. 29 e seguintes.

II. SUCESSÃO AB INTESTATO NOS BENS DE UM LIBERTO

A – *Antiga sucessão civil*

§ 63. Até aqui tratamos dos ingênuos; cumpre agora tratar dos libertos.

Sob a acepção *liberti* compreendem-se não só os manumitidos como também os filhos emancipados, a mulher casada, e os filhos que tinham saído do *mancipium* em que estiveram[91]. Em primeiro lugar trataremos dos *liberti cives romani*.

Pelo antigo direito civil herdavam também aqui os *sui heredes*, como acontecia com relação às outras pessoas[92], na falta dos *sui* então o patrono e seus filhos de qualquer sexo que fossem tomavam o lugar dos agnados e herdavam como agnados pela proximidade do grau de parentesco, e excluía ao mais remoto o descendente mais próximo; se havia muitos patronos, ou muitos descendentes, a divisão era feita *per capita*[93]. Por *capitis diminutio* do patrono, ou do liberto desaparecia porém este direito à herança[94]. Se não existisse o patrono nem descendente algum seu caíam os bens do liberto à *gens* do patrono[95].

Antes da *lex Junia Norbana* o manumetido *minus solemniter* morria como se fora escravo; e mesmo não podia ter lugar neste caso uma sucessão *ab intestato*, por que os latinos não tinham agnados, e também o patrono não podia suceder *ab intestato*, por isso que o direito de sucessão do patrono só se fundava em uma fingida agnação, e esta ficção não se poderia dar aí onde se não dava capacidade para ser agnado; e assim ninguém, nem mesmo o patrono teria direito aos bens do falecido latino, se porventura a *lex Junia* não previsse este caso[96].

---

91 § 6. I. quib mod. jus patr. pot. solv. (1, 12); § 8. I. de legit. agn. succ. (3, 2); L. 4 in fine C. de bon. lib. (6, 4).

92 Gai. III, 40; Ulp. XXVIII, 1; XXIX, 1; pr. I. de succ lib. (3, 7).

93 Gai. III, 45, 46, 51, 58-62; Ulp. XXVII, 1-4; XXIX, 2, 5; Paul. sent. rec. III, 2 § 1, 3; L. 3, pr. D. de suis et legit. (38, 16); Collat. XVI, c. 8; Vatic. Frgm. § 306; Theoph. I, 17.

94 Gai. III, 51; Ulp. XXVII, 5; § 2. I. de Sct. Orphit. (3, 4).

95 Cic. orat. I, 39.

96 Gai. III, 56.

Como já tivemos ocasião de dizê-lo: o latino que falecia era considerado como se fosse escravo principalmente com relação a seus bens. Mandou a *lex Junia* então, que tudo o que adquirisse fosse para o manumissor como seu senhor[97], o qual chamava a si esses bens depois da morte do *liberto jure peculii*[98]. Os bens do *manumissus* eram pois contados aos bens do senhor, e quando já este tivesse falecido cabiam àqueles, que o tinham herdado[99].

Depois da *lex Junia* apareceu o S*enatusconsultum Largianum* do tempo do imperador Cláudio, que concedia aos filhos do manumissor, que não tivessem sido expressamente deserdados, direito a essa herança, com preferência a herdeiros estranhos[100].

Se o liberto era *dediticiorum numero*, o que ele deixasse cabia ao patrono umas vezes já como herança, outras vezes como pecúlio[101].

B – *Da bonorum possessio (liberti)*

§ 64. As classes eram: *unde legitimi*; *unde cognati*; *familia patroni*, ou *tum qua s. tum quem ex familia*; *Patranus*, *patrona*, *item liberti et parentes eorum*; *unde vir uxor*; *cognati manumissoris*[102].

Unde liberi. Esta classe compreendia (assim como a dos *non manumissi*), além dos *sui*, também os *emancipati*.

Unde legitimi. Chamavam-se nesta classe aqueles que eram também chamados por direito civil.

Unde cognati. Seguiam-se os cognados do manumitido, os quais, porém, como se não contasse o parentesco proveniente do cativeiro, só podiam sair dos descendentes.

---

97 Frgm. Dosith. § 7.

98 Gai. III, 56.

99 Gai. III, 55-62.

100 Gai. III, 63-71; § 4. I. de success. libert. (3, 7); L. un. § 12 e 13 C. de lat. lib. toll. (7, 6).

101 Gai. III, 74, 75, 76.

102 Ulp. XXVIII, 7; § 3. I. de bon. poss. (3, 9).

Familia patroni, ou *tum qua s. tum quem ex familia*. Eram compreendidos aqui os agnados do patrono na mesma ordem em que eles tinham herdado do patrono.

Patronus, patrona, item liberi et parentes eorum.

Unde vir et uxor. Depois dos herdeiros acima mencionados era chamado o esposo, que tivesse sobrevivido ao outro.

Cognati patroni. Finalmente seguiam-se ainda os simples cognados do patrono[103].

C – *Da bonorum possessio dimidiae partis, em particular*

§ 65. Estabeleceu-se pouco tempo depois, primeiramente que não pudesse mais o liberto excluir por um testamento ao patrono, e quando não fosse instituído algum filho, ao patrono coubesse o direito de demandar contra o testamento a *bonorum possessio* de metade[104]. Uma emancipação, adoção, e qualquer *capitis diminutio minima* não faziam desaparecer este direito[105]. Finalmente isto só dizia respeito ao testamento de um liberto. Contra a liberta não precisava o patrono desse direito à *bonorum possessio dimidiae partis*, para sua garantia.

Em segundo lugar ordenava o edito, que o patrono só pudesse ser excluído da herança do seu liberto falecido *ab intestato* pelos filhos naturais deste, e não como até então por um *suus* como era o filho adotivo, ou a mulher *in manu*; e até dava-lhe o edito contra estes, e assim também a seus filhos, um direito à *bonorum possessio dimidiae partis*. O que também não podia ser aplicado às libertas, por isso que estas não tinham *sui*[106].

---

102 Ulp. XXVIII, 7; § 3. I. de bon. poss. (3, 9).
103 Danz, Gesch. des röm. Rechts II, § 156. Walter, Gesch. des röm. R. II, § II, § 621.
104 Gai. III, 40, 41; Ulp. XXIX, 1.
105 L. 2 § 2; L. 5 § 1; L. 11, 12 § 7; L. 38, 39, 50 § 5 D. de bon. libert. (38, 2).
106 Ulp. l. c. § 4, 5, 6; Gai. l. c. § 45, 46, 49, 50, 53.

D – *Modificações feitas pela lex Julia et Papia Poppaea ao direito de sucessão do patrono.*

§ 66. Pela *lex Julia et Papia Poppaea* logo que um liberto possuísse 100,000 sestércios em bens, e tivesse menos de três filhos devia o patrono, ou seus descendentes varões também concorrer com os filhos do liberto, e herdavam *per capita*; eram, porém, excluídos quando o patrono tivesse três ou mais filhos[107].

A *patrona* ingênua que tivesse dous filhos, ou que sendo liberta tivesse três filhos devia, assim como o patrono, segundo o edito, concorrer com os filhos adotivos, e a *uxor in manu* do liberto; e a *patrona* ingênua que tivesse três filhos concorrer então como concorria o patrono com os filhos do liberto[108].

A filha do patrono também tinha em geral o mesmo direito que ele e seus filhos[109], logo que tivesse um filho, porém, para concorrer com os filhos adotivos, e a *uxor in manu*, requeria-se que tivesse o *jus trium liberorum*[110]. A liberta que tivesse quatro filhos ficava livre do patronato; herdava porém o patrono com os filhos da liberta, *per capita* na classe *unde cognati*[111].

E – *Legislação de Justiniano*

§ 67. Por direito justinianeu cessou em muitos casos o direito que tinham os patronos à herança do liberto, principalmente logo que eles o tivessem renunciado com antecipação, o que antes não se admitia[112].

Os descendentes do liberto com só exceção dos filhos adotivos herdavam como os de outra qualquer pessoa; depois seguiam-se o patrono, e seus descendentes; porém, com exclusão dos filhos adotivos. Os mais remotos eram excluídos pelos mais próximos; e finalmente os colaterais do patrono segundo o grau de parentesco[113].

---

107 Gai. III, 42, 45; § 2. I. de success. libert. (3, 7).
108 Gai. III, 49, 50; Ulp. XXIX, 6, 7.
109 Gai. III, 53; Ulp. XXIX, 7.
110 Gai. III, 46; Ulp. XXIX, 5.
111 Gai. III, 44, 47; Ulp. XXIX, 3.
112 L. 3. 4 pr. C. de bon. lib. (6, 4).
113 L. 4. C. cit.

Os libertos que tivessem menos de 100,000 *solidi* em bens podiam fazer testamento sem consideração alguma com o patrono, e os filhos destes; aqueles porém que possuíam mais de 100,000 *solidi* se faziam testamento, e tivessem instituído descendentes seus, excluíam estes o patrono; do mesmo modo preferiam os descendentes do testador ao patrono quando mesmo tendo sido deserdados tivessem anulado o testamento com a *querela inofficiosi testamenti*. Se porém o testador não tivesse descendentes, ou estes tivessem sido deserdados de maneira válida, devia então deixar ao patrono, e a seus descendentes até o 5º grau 1/3 dos bens[114].

III. DIREITO DE SUCESSÃO NOS BENS DE UM EMANCIPATUS

§ 68. Antes de Justiniano sabemos que a emancipação era feita por uma manumissão; assim para o pai do manumitido *ex mancipio* era de suma importância ser ele próprio o manumissor. Ao filho emancipado sucedia em primeiro lugar os *sui* e os emancipados, só depois sucedia o pai como manumissor. A uma filha emancipada sucedia o pai em primeiro lugar como manumissor; por isso que ela não podia ter filhos *sui* e emancipados; e foi só Valentiniano II (383), que concedeu aos filhos desta o primeiro lugar[115]. Na falta do pai, se existia a mãe vigorava o Sct. Tertuliano; e quando não, então seguia-se a ordem do edito.

Se, porém, não era o pai o manumissor, e sim um estranho, sucedia este segundo o edito; não na primeira ou segunda classe, porque lhe eram antepostas dez pessoas dos cognados mais próximos[116].

Pela nova forma da emancipação em que não se dava mais um *manumissor extraneus* desapareceu essa diferença[117]; e Justiniano acabou com a classe das dez pessoas[118]. Este imperador mandou também que fossem antepostos aos pais os irmãos do emancipado, conservando-lhes porém o usufruto[119].

114 L. 4. C. cit.
115 L. 3. C. Th de legit. hered. (5, 1).
116 Collat. XVI, 9; § 3. I. de bonor poss. (3, 9).
117 § 8. I. de legit. agnat. Success. (3, 2); L. 4. C. de bon. libert. (6, 4).
118 § 4. I. de bon. poss. (3, 9).
119 L. 7 § 1. C. ad Sct. Tertull. (6, 56); L. 13. C. de legit. haered. (6, 58).

IV. DA SUCESSÃO *AB INTESTATO* NOS PECÚLIOS DO FILHOFAMÍLIAS

§ 69. Os homens *alieni juris* não deixavam por direito antigo herança alguma, por isso que eles não possuíam bens, a menos que não fosse um *peculium profecticium,* que pertencia ao pai, ou ao senhor; e que por conseguinte por sua morte ficava sempre pertencendo a um ou ao outro[120].

Primeiramente fez-se uma exceção a esta regra a favor dos *servi publici* sendo-lhes permitido instituir herdeiro à metade dos bens do seu pecúlio[121]. Com a introdução do *peculium castrense* e *quasi castrense* tornou-se possível ter um *filhofamílias* uma herança a deixar. O que um *filhofamílias* adquiria *qua miles*, ficava-lhe pertencendo como se ele fosse *paterfamílias;* e era ele com relação a estes bens considerado como se fosse *homo sui juris*[122]. Teve lugar portanto uma exceção; porém para que ela tivesse lugar fingiu-se o *filhofamílias*, *paterfamílias;* tão enraizado estava o princípio de que não combinava com a idéia de *filiusfamilias*, o ter ele uma fortuna propriamente sua. Os jurisconsultos romanos chamando a estas aquisições do filho, *peculium castrense*, chamaram bem; por isso que consideraram eles o direito paterno como *jus commune*, suspenso pelo *jus singulare*; e esta suspensão tornava-se definitiva logo que o filho fazia testamento; no caso de morrer ele sem testamento, considerava-se o *jus singulare* como não existindo, e os bens cabiam ao pai *jure peculii*[123]. A Nov. 118 fez modificações não com relação ao *peculium profectitium*, por isso que este voltava para o pai; ela só diz respeito aos bens que pertenciam propriamente ao defunto; portanto não revogou ela o princípio de pertencer ao pai o *peculium profectitium*. Com relação, porém, aos pecúlios, que constituíam bens propriamente do *filhofamílias* determinou ela, que pudesse ele testar sobre esses bens, com relação aos quais era ele tido como

---

120 L. 1 § 3, 4. D. quando de pecul. act. ann. sit. (15, 2).

121 Ulp. XX, 16.

122 Ulp. XX, 10; § 6. I. de test. mil. (2, 11); pr. I. quib. non perm. fac. test. (2, 12); L. 18 pr. D. de stip servor. (45, 3); L. 37 pr. C. de inoff. test. (3, 28); L. 11, 12. C. qui. test. fac. poss. (6, 22).

123 Veja-se o § 32.

homo sui juris; mas que no caso de não fazer testamento, vigorasse o antigo direito a favor do pai vindo-lhe a caber os bens não *jure peculii*, pois sucedia ele como *heres*, e a sucessão era considerada sucessão universal, pelo que obrigava-se ele pelas dívidas, assim como acontecia com relação ao pecúlio profetício durante um ano, sendo em tudo considerado como herdeiro[124]. Assim por direito moderníssimo o *peculium castrense*, e *quasi castrense* não podiam ser mais considerados como pecúlios e, por conseguinte é um erro semelhante nome no direito moderno; e só se deveriam chamar tais bens, *bona castrensia*.

Sobre outros quaisquer bens não podia o filho testar, nem mesmo sobre os *adventicia irregularia*[125]. Por sua morte permanecia ao pai, tanto quanto vivesse, o usufruto no *peculium adventitium*; e por morte dele era dividido entre a mãe e os irmãos o pecúlio como se desde o princípio não tivesse o pai existido[126].

Com relação aos filhos emancipados, por morte destes, ainda quando já não existisse a mãe, não excluía o pai a seus irmãos, como patrono; antes vinham os bens a caber a estes, tendo ele unicamente o usufruto[127].

---

124 L. 20 § 10. D. de hered. pet. (5, 3); L. 44 pr. D. de legat. I (30); L. 18 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2); L. 10 pr. D. ad Sct. Tertull. (38, 17); L. 1, 2, 17 pr. D. de castr. pecul. (49, 17); L. 5. C. eod. (12, 37).

125 L. 11. C. h. t. (6, 22).

126 L. 7. C. de Sct. Tertull. (6, 56).

127 L. 13. C. de legit. hered. (6, 58).

. . . .

Capítulo II

DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

I. INTRODUÇÃO

§ 70. Antes da Lei das XII Tábuas não se conhecia senão a herança *ab intestato*, razão por que aquele que queria fazer testamento devia declarar qual a sua vontade nos comícios para ser ela sancionada pelo poder legislativo, que cabia ao povo assim reunido; o que não era senão uma *lex populi*, uma *lex curiata*. Foi então a Lei das XII Tábuas que permitiu a qualquer poder dispor de seus bens por sua morte sem nisso intervir o poder legislativo. As palavras das XII Tábuas são: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*[1]. Depois desta lei caíram em desuso as antigas fórmulas do testamento[2]; e sem dúvida alguma foi de então para cá, que se tornaram técnicas as expressões – *testari* e *testamentum*.

---

1 Estas parecem ser as verdadeiras palavras da Lei das XII Tábuas. Ulp. XI, 14; pr. I. de leg. Falc. (2, 22); L. 120 D. de V. S. (50, 16). Quanto ao que diz Cícero de invent. II, 50. ad Herenn. I. 13: Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legaverit, ita jus esto; não pode ser exato; porque assim as mulheres não poderiam então testar. Consulte-se: Erb em Hugo's civil. Mag. T. II, Nrº 15. Hoffman, Histor. Jur. T. II, p. 189. Lips. 1726.

2 Gai. II, 103.

As disposições feitas por qualquer pessoa, quando esta queria que elas fossem cumpridas depois de sua morte, chamavam-se: *ultimae voluntates*, *supremum judicium*[3]; ao que fazia as disposições chamava-se *testador*.

O fim principal dessas disposições era: *heredes institutiones*; *exheredationes*; *legata et fideicommissa*; e *tutoris datio*. A disposição logo que compreendia e instituição de um herdeiro chamava-se *testamentum*; e quer fosse por escrito, quer não[4]; e só em um testamento conjuntamente com instituição do herdeiro é que podia ter lugar a *exheredatio*. Só depois de Augusto apareceu o *jus codicillorum*. Os codicilos eram divididos em *codicilli testamentarii*, e *ab intestato*, sendo que aparecessem com um testamento, ou sem ele[5]; e os primeiros só têm validade tanto quanto vigora o testamento[6], ainda se dividem em *codicilli testamento confirmati*, e *non confirmati*.

II. DOS SUJEITOS

A – *Activa testamenti i factio*

§ 71. Chamava-se *testamenti factio* a capacidade para testar, para ser testemunha, e para ser contemplado em um testamento como *heres* ou *legatarius*: à primeira chama-se *testamenti factio activa*; à segunda *testamenti factio passiva*. Incapazes de testar eram todos aqueles que não tinham o *jus testamenti factionis* em sentido lato[7]; neste número compreendiam-se: os peregrinos propriamente ditos[8]; e que fossem dados como reféns, e cuja herança caía ao fisco, caso não tivessem obtido uma graça especial para que pudessem fazer testamento[9]; os peregrinos que fossem

3 L. 1 § 1. D. de bon. poss. sec. Tab. (37, 11).
4 Gai. II, 273; § 2 I. de codicill. (2, 25); L. 2 C. cod. (6, 36); L. 14. C. de test. (6, 23).
5 § 1. I. de codicillis (2, 25); L. 1. 4 C. cod. (6, 36); L. 1. C. Th. de testam. (4, 4).
6 L. 3 § 2; L. 14 pr. D. de jure codicilli (29, 7).
7 Gai. II, 114; L. 4 D. qui test. facere poss. (28, 1).
8 Gai. II, 25.
9 L. 11. D. eod.; L. 31 D. de jure fisci (49, 14).

súditos, quer verdadeiramente estrangeiros, quer eles pudessem testar, quer não conforme o direito privado de suas nações[10]. Os que tivessem perdido a *civitas*, ou pela *interdictio aquae et ignis*, ou por deportação, *deportatio in insulam vel oasin*[11]; o que, porém, não se estendia aos *relegati*[12]. Os libertos que pela *lex Aelia Sentia* só eram *dediticii*[13]. Os escravos[14]; e conseqüentemente aqueles, que se achavam em cativeiro do inimigo[15]. Entretanto que se fazia uma exceção a favor dos *servi publici*. Os *servi poenae*, i.é os condenados à morte, a pelejarem com feras, *ad metallum*, não podiam testar[16]. O que, porém, foi revogado por Justiniano, como já dissemos, pela Nov. 22. c. 8. Eram também incapazes: os furiosos a menos que não fizessem testamento nos intervalos lúcidos[17]. Os pródigos[18]. Os surdos-mudos de nascimento[19]. Por direito mais antigo precisavam todos os mudos e surdos de um privilégio especial para testarem quando porventura eles não se tivessem tornado tais como soldados[20]. Com relação a outras doenças era preciso que a fraqueza ou outro qualquer motivo fosse de ordem tal que o testador se não pudesse fazer compreender[21]. Os menores[22]. Os que se

---

10 Ulp. XX, 14.

11 L. 8 § 1. 2. D. qui test. fac. poss. (28, 1); L. 6 § 7. D. de injusto (28, 3). L. 1 § 2-5. D. de legat. III (32); L. 5 § 3. D. extraord. cogn. (50, 13); L. 2 C. de bon. proscript. (4, 49).

12 L. 8 § 3. D. qui test. f. p. (28, 1); L. 7 § 3. D. de int. et releg. (48, 22).

13 Gai. I, 25; III, 75. Ulp. XX, 14; XXII, 2.

14 § 4. I. de her. qual. (2,19); L. 16,19 pr. D. qui test. fac. poss. (28,1).

15 § 5. I. quib. non perm. f. test (2, 12); L. 8 pr. D. qui test. f. p. (28, 1) L. 12 §5. D. de captiv. (49, 15).

16 L. 8 § 4; L. 9, 13 § 2. D. qui test. fac. poss. (28, 1); L. 6. § 6. 8. D. de injur. (28, 3).

17 § 1. I. quib. non perm. fac. test. (2, 12); Ulp. XX, 13; L. 16 § 1. D. qui test. fac. poss. (28, 1); L. 27. D. de cond. inst. (28, 7); L. 2 § 3. D. de jure eod. (29, 7); L. 9 C. qui test. f. poss. (6, 22).

18 § 2. I. quib. non. perm. fac. test. (2, 12); L. 18 pr. D. qui test. fac. pot. (28, 1); Ulp. 1. c.

19 § 3. I. quib non perm. fact. test. (2, 12); L. 10. C. qui test. fac. poss. (6, 22).

20 Ulp. I. c.; L. 6 § 1; L. 7. D. qui test. fac. poss. (28, 1).

21 L. 29 C. de testam. (6, 23).

22 L. 5 D. qui test. fac. poss (28, 1); L. 4. C. cod. (6, 22), § 1 I. quib. non perm. fac. poss. (2, 12); Gai. II, 113; Ulp. XX; 12, 15, Cic. Top. C. 4.

achavam sujeitos ao poder de outrem[23], e desta regra só se fazia exceção a respeito do *peculium castrense*, e *quasi castrense*[24]. A fêmea, enquanto estivesse sob tutela (*tutela mulierum*) só com autorização de seu tutor podia testar, não sendo ele um simples *fiduciarius tutor*; não podia ela assim pois testar contra a vontade de seu tutor[25]; o que foi porém modificado no tempo de Adriano[26]. Esta restrição não se entendia porém com as *vestaes*, que não estavam sujeitas à *tutela mulierum*[27]. Os *latini juniani* também não podiam testar pela *lex Junia Norbana*[28]. No tempo dos imperadores cristãos eram os apóstatas considerados incapazes de testar[29].

B – *Da passiva testamenti factio*

§ 72. Do mesmo modo que havia pessoas que não podiam testar, assim também outras não podiam ser lembradas em um testamento, nem mesmo quando condicionalmente o fossem, isto é, para quando viessem a ser capazes; por isso que a capacidade era exigida no momento da confecção do testamento[30]. O mesmo se entende a respeito da instituição do herdeiro, do legado e da nomeação do tutor[31]; ao passo que com relação aos fideicomissos não se fazia restrição alguma[32]; até que um senatusconsulto do tempo de Adriano os sujeitou também, em parte, a esta regra[33]. É verdade

---

23 Pr. I. quib. non perm. fac. test. (2, 12); L. 6 pr. L. 16 pr.; L. 19. D. qui test. fac. poss. (28, 1); Ulp. XX, 10.

24 Ulp. I. c.; § 6. I. de test. mil. (2, 11); pr. I. quib. non perm. fac. test. (2, 12); L. 18 pr. D. de stip. Serv. (45, 3); L. 37 pr. C. de inoff. test. (3, 38); L. 11, 12. C. qui test. fac. poss. (6, 22).

25 Liv. XXXIX, 9; Gai. I, 115, 192, II, 112, 118, 122; III, 43, 44; Ulp. XX, 15; XXIX, 3.

26 Gai. I, 115 a, b.

27 Gell. I, 12; Plutarchus, in Numa c. 11.

28 Gai. I, 23; III, 75; Ulp. XX, 14.

29 L. 1-4. C. de apost. (1, 7); L. 1, 3, 4, 6, 7. C. Th eod. (16, 7).

30 L. 49 § 1. D. de her. inst. (28, 5); L. 210. D. de R.J. (50, 17).

31 Gai. II, 238-243, 272, 274-276, 285, 286; § 24. I. de legat. (2, 20); Ulp. XI, 16; L. 21. D. de test. tut. (26, 2); L. 7. C. qui dare tut. (5, 34).

32 Gai. II, 272, 274-276, 285, 286.

33 Gai. II, 287; Ulp. XXV, 6, 13.

que era dada então capacidade para receberem fideicomissos a alguns que de outro modo não podiam ser contemplados[34]; com o tempo porém caiu esta exceção, e no de Justiniano não se fez mais diferença alguma.

O escravo podia ser instituído; razão por que de alguma forma lhe era concedida uma *testamenti factio*. O escravo porém que por adultério tivesse sido punido não podia ser instituído pela mulher com quem tivesse cometido adultério, proibição esta que fez *Septimius Severus*[35]; assim como não podia ser instituído um escravo, que ainda não tivesse contemplado trinta anos de idade[36]. Quando se instituía herdeiro um escravo equivalia isso a ser seu senhor o instituído, pelo que se devia ter em consideração a capacidade do senhor[37].

A *lex Voconia* proibia a todo e qualquer cidadão romano, que tivesse cem mil *asses* de fortuna, que pertencia por conseguinte à primeira classe[38], instituir sua herdeira uma fêmea ou mesmo deixar-lhe um legado[39]; com relação aos legados a *lex Voconia* permitia a quem tivesse uma filha única, e não tivesse mais filhos, poder deixar-lhe em legado uma parte de seus bens, um quarto talvez[40]. No tempo de Gaius ainda vigorava esta lei[41]; porém, não foi muito depois que ela desapareceu.

Pessoas incertas não podiam ser instituídas[42]; e também pessoas jurídicas[43]; pelo menos no tempo antigo, quando talvez nem o Estado fazia uma exceção, do que porém não existem provas. No tempo da República há tantos exemplos de ter sido instituída a cidade de Roma, que não padece dúvida ter sido isso valioso. Não só monarcas estrangeiros instituíam o povo romano

34 Ulp. XXV, 7.
35 Pr. I. de hered. Inst. (2, 14).
36 Gai. II, 276.
37 Ulp. XXII, 9; L. 31 pr. L. 52. D. de hered. inst. (28, 5); L. 10. C.cod. (6, 24); L. 82 § 2. D. delegat. II (31); L. 5. D. de servit. leg. (33, 3).
38 Gai. II, 274.
39 Cic. In Verr. II, 1 c. 41-43; Gai. I. c.
40 Cic. de Republ. III c. 10.
41 Gai. I. c.
42 Gai. II, 238.
43 Dirksens, civilist. Abhlg. II p. 129-143.

herdeiro de seus tesouros e de seus reinos, como também cidadãos romanos o contemplavam pelo menos em legados, corno fez, por exemplo, Piso Frugi e Júlio César[44]. No tempo dos imperadores não só eles mesmos, como também outras pessoas deixavam legados à cidade[45]. Depois, sempre que se queria instituir, não a cidade de Roma, e sim o Estado, instituía-se então o fisco, cuja capacidade testamentária a *lex Papia Poppaea* estabeleceu logo de princípio[46]. No tempo dos imperadores era permitido instituir herdeiros os templos que por um privilégio tivessem capacidade para isso[47]; e Constantino concedeu depois às igrejas cristãs, capacidade em geral para herdarem[48].

Por um senatusconsulto do tempo de Pertinax era nula a *institutio principis litis causa*, quando as vistas daquele que tivesse demanda fosse colocar o seu adversário contra o imperador[49]. As testemunhas de um testamento podiam receber um legado, porém não ser instituídas, e como sendo instituídas se tornassem incapazes de serem testemunhas, era nulo o testamento[50]. Não se podia contemplar ilimitadamente em um testamento o concubina e seus filhos. Valens, Valentiniano II, e Graciano foram os que primeiro proibiram que se lhes pudesse deixar mais de 1/12 dos bens logo que havia filhos legítimos[51]. Finalmente Justiniano regulou que à concubina se não pudesse legar mais de 3/12, e depois 6/12 dos bens[52].

A *lex Julia* (757) e *Papia Poppaea* (762) introduziram muitas causas de incapacidade, talvez mesmo as mais importantes[53]. Os não casados, *coelibes*, e os que não tinham filhos, *orbi*, não podiam ser instituídos, nem receber legados de pessoas que não estivessem pelo menos com eles em sexto grau[54]. Um *coelebs,* segundo a *lex Julia,* não herdava o que lhe ti-

44 Sueton. in Caesaze c. 83; Tac. Annal. II, 41.
45 Sueton. in Octaviano c. 101; Tacit. Ann. I, 8.
46 L. 3 in fine D. de alim. leg. (34, 1).
47 Ulp. XXII, 6.
48 L. 1. C. de sacrosanct. exccles. (1,2); Eusebii Ilist. eccles. X, 5.
49 L. 91. D. de hered. inst. (28, 5); § 7. 8. I. quib. mod. test. infirm. (2, 17).
50 L. 20. D. qui test. fac. poss. (28, 1); L. 16 § 1; L. 22. C. de testam. (6, 23); § 8-11. I. de test. ord. (2, 10).
51 L. 6. C. de inst. e subst. (6, 25); L. 2. C. de natur. lib. (5, 27).
52 L. 8. C. de natur. lib. (5, 27).
53 Ulp. XIV, XVI-XVIII.
54 Ulp. XVI, 1; Vatic. Frgm. § 216-219.

vesse sido deixado por testamento, *nisi intra centum dies legi paruerit*, logo que em cem dias (*cretio vulgaris*) não tivesse casado[55]. Excetuavam-se os que pela sua idade não podiam mais contrair matrimônio[56]; espadões[57]; do mesmo modo a mulher um ano depois da morte do marido, e depois da separação, meio ano (pela *lex Papia* no primeiro caso dous anos, neste segundo, ano e meio)[58]; e as vestaes. Temporariamente foram excetuados os homens que tinham mais de sessenta anos, e as fêmeas de mais de cinqüenta; porém, um *senatusconsultum Percianum* do tempo de Tibério mandou que os que tivessem esperado até esta idade fossem considerados corno *coelibes.* Um *senatusconsultum Claudianum* fez uma exceção a favor do homem que tivesse sessenta anos de idade, mas que tivesse casado com uma fêmea de menos de cinquenta anos. Entretanto, o mesmo não se entendia em caso contrário, pelo *Sctum Calvisianum*, do tempo de Nero[59].

Um *orbus,* isto é, aquela pessoa que conquanto casada, não tivesse filhos, só herdava pela *lex Papia*, metade do que lhe tivesse sido deixado[60]. Do mesmo modo se considerava quem não tivesse filho algum vivo[61]. Bastava ter-se um filho*,* a fim de ser *pater*, e evitar *a poena orbitatis*[62], e até mesmo bastava que houvesse um filho adotivo. Um *senatusconsultum Meminianum* procurou pôr cobro aos abusos, que disso se fazia, dando lugar a muitas adoções, entretanto que depois de conseguido o fim por que elas se faziam, e tirada a vantagem que se queria, emancipavam-se os filhos adotivos[63]. Uma ingênua devia ter três filhos, e uma libertina quatro para não ser *orba*[64]. Tinha lugar uma exceção, no caso de não ter a mulher ainda 20 anos, ou se já tivesse mais de 50; se o homem ainda não tinha 25, ou se

---

55 Gai. II, 111, 144, 286; Ulp. XVII, 1; XXII, 3; Frgm. de jure fisci § 3.
56 Ulp. XVI, 1.
57 L. 128 D. de V. S. (50, 16).
58 Ulp. XIV.
59 Ulp. XIV, 1, 3, 4. Sueton. Claud. C. 23. Plin. ep. VIII, 18; L. 27. C. de nupt. (5, 4).
60 Gai. III, 286.
61 Ulp. XVI, 1.
62 Juvenal IX, 83, 86-88.
63 Tacit. Ann. XV, 19.
64 L. 135, 137. D. de V. S. (50, 16).

já tinha mais de 60 anos. Uma exceção também se dava quando o homem *reipublicae causa* estivesse ausente[65]. Os casados que não tivessem filhos pela *lex Papia* não podiam herdar um do outro mais do que um décimo do que lhe tivesse sido deixado. Se eles porém fossem parentes até o 6º grau recebiam então tudo, logo que tivessem um filho ou perdido um já na idade da puberdade, ou dous com três anos de idade; portanto sempre que se pudesse provar não terem ficado sem filhos de propósito[66].

Com relação a um *pater solitarius* estabeleceram-se princípios especiais[67].

Os filhos de Constantino revogaram as *poenas coelibatus* e *orbitatis*[68]; Honório e Teodósio a *lex Decimária*[69]. No direito justinianeu desapareceram as da *lex Julia* e *Papia Poppaea.*

C – *Das diferentes formas de testamento*

§ 73. Em os príncipios de Roma haviam duas formas de testamento, e isto tinham ambas de comum, que eram feitos perante o povo, que tornava de alguma forma da vontade do testador uma lei.

Testamentum in commitiis calatis. Chamava-se assim por ser ele sancionado nas assembléias populares, que duas vezes por ano se reuniam para tratar de negócios privados, e por excelência eram denominadas *comitia calata*[70].

Os que se achavam em campo tinham o privilégio de ser bastante declararem eles qual era a sua vontade perante o exército formado em linha de batalha, e este sancioná-la. Ao testamento assim feito chamou-se: *testamentum in procinctu*[71].

Depois lançou-se mão da *mancipatio* para a feitura de um testamento; e tal era o *testamentum per aes et libram*. O *familiae emtor* estava

---

65 Ulp. XVI, 1.
66 Ulp. XV, XVI; Vatic. Frgm. § 294.
67 Ulp. XIII de coelibe, orbo, et solitario patre.
68 L. 1. C. de infirmandis poenis coelibatus, et orbitatis (8, 16; 8, 58).
69 L. 2. C. de infirm. poen. celib. et orbit. et decimar. sublatis. (8, 58).
70 Gai. II, 101; Ulp. XX, 2; § I. de test. ord. (2, 10).
71 Gai. I. c.; Cic. de nat Deor. II, 3; de orat. I, 53; Gell XV. 27.

loco heredi; e por este modo não tinha lugar instituição alguma. Fizeram-se porém depois modificações, e delas resultou um testamento completo, e então o *familiae emtor* só por formalidade aí se achava[72].

Os dous primeiros testamentos desapareceram com este testamento *per aes et libram.* No tempo da jurisprudência clássica era esta a forma que estava em voga. Deviam achar-se presentes: o *testador*, o *familiae emtor*, um *libripens*, e o *antestatus* e cinco testemunhas; (assim sete pessoas, além do testador, e do *familiae emptor*). As testemunhas não deviam ser menores, nem surdos, mudos, furiosos, nem mulheres, assim como não devia ser o *libripens*, nem as testemunhas pessoas que estivessem em *patria potestas* uns dos outros[73]. Podiam porém *latini juniani* servir de testemunhas. O ato não devia ser interrompido, é o que se chamava *unitas actus*; consistia ele: primeiro na *mancipatio familiae* como de ordinário, e só com uma fórmula particular pela qual se declarava a posição do *familiae emptor*. Este dizia: *familiam pecuniamque tuam mandatela*; *custodelaque meam* (*ex jure quiritium esse aio eaque*) *quo tu jure testametum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto miihi empta*[74]; segundo, na *nuncupatio et testatio*. O testador pegando nas *Tabulae* declarava perante as testemunhas ser esse o seu testamento: *haec ita est in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, itaque vos quirites testimonium mihi prohibetote.*

Quando se testava por escrito bastava que o testador apresentasse, e se referisse na *nuncupatio testamenti* ao que nele se continha sem ser preciso declarar o que era[75]. As testemunhas porém deviam selar o testamento, *siganare*, o que se funda no edito do pretor[76]; e no tempo dos imperadores, mandou-se que elas assinassem, *subsignare,* s. *Subscribere*[77], provavelmente por constituições[78]; e sem dúvida alguma por um *Scto* do tempo de Nero, que estabeleceu regras sobre isso, marcando o modo por

72 Gai. II, 102-104.
73 Ulp. XX, 3-6; Gai. II, 105-108.
74 Gai. II, 104.
75 Ulp. XX, 9.
76 § 2, 3. I. de test. ord. (2, 10).
77 Festus v. Resignare; L. 29. D de V. S. (50, 16).
78 § 3. I. de test. ord. (2, 10).

que as testemunhas deveriam assinar em testamentos, e em outros documentos públicos[79].

Além do testamento *per aes et libram* havia ainda outro mais simples, e era o denominado *testamentum cum septem testibus* introduzido não só pelo edito do pretor, como permitido; o pretor estabeleceu que logo que um testamento se apresentasse tendo o número legal de testemunhas fosse concedida a *bonorum possessio secundum tabulas*[80]. Quando, porém, fossem requeridos sete selos[81], devia então o *libripens,* e o *antestatus* selar também o testamento[82]. Porém o sentido do edito era este: que o pretor olhava como suficiente ser-lhe apresentado um testamento, que exteriormente parecesse legal sem mesmo exigir a prova de ter sido convenientemente observado o rito da mancipação, e todos os requisitos para se testar legalmente; tinha-se contudo entendido também que um testamento sem mancipação pudesse ser feito, logo que o testador o tivesse selado com sete testemunhas; assim se acrescentou, no tempo dos imperadores, que fosse assinado; e desta usual interpretação apareceu o testamento pretório. Esta forma porém de testamento só tinha lugar quando era escrito; até que Gordiano reconheceu o testamento nuncupativo perante sete testemunhas como suficiente para receber a *bonorum possessio secundum tabulas*[83]. Em princípio, era ainda a *bonorum possessio* proveniente de um testamento pretório — *bonor. poss. sine re*, logo que houvesse herdeiros chamados pelo direito civil, quer fossem herdeiros testamentários por um testamento *per aes et libram*, quer fossem *ab intestato*[84]. Isto parece ter caído em desuso depois, e provavelmente por um rescrito de Antonino Pio[85]. Teodósio II deu ao testamento pretório a forma legal, mandando que não tivesse mais lugar a *mancipatio* para um testamento; sendo entretanto precisas sete testemunhas.

---

79 Sueton. In Nerone c. 17; Paul rec. sent. V, 25, § 6.
80 Cic. in Verr. II. 1, c. 45.
81 Gai. II, 119, 147; Ulp. XXVIII, 6.
82 L. 3. D. si tab. test. (38, 6); § 2. 3. I. de test. ord. (2, 10); isi. Origin. V, 2ü. § 6.
83 L. 2. C. de bon. poss. sec. tab. (6, 11).
84 Gai. II, 119-122, 147, 148.
85 Gai. II, 120-122.

Justiniano acrescentou a esta forma de testamento outras cousas mais, o que se poderá ver nas leis 23-30 C. de test. (6,23).

IV. DA SUBSTÂNCIA ESSENCIAL DOS TESTAMENTOS

A – *Heredis institutio*

§ 74. A substância essencial do testamento é a instituição de herdeiro (*heredem instituere, scribere, facere*)[86]. Devia o testador nomear-se um herdeiro[87]; e apontar uma ou mais pessoas; do contrário não havia testamento. Se se nomeasse herdeiro só para uma parte da herança era nulo, a menos que não desaparecesse semelhante restrição. Morre-se *testatus*, ou *intestatus*; ou uma cousa ou outra: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*. Por direito antigo exigiam-se certas palavras solenes; em princípio a declaração *heres esto*, e depois *heredem esse jubeo*; não sendo valiosas outras quaisquer como, por exemplo, *esse volo*, *institutio*, *facio*. Os filhos de Constantino, porém, já no quarto período, mandaram que fossem indiferentes as palavras empregadas; assim como que se pudesse testar em outra língua, que não fosse a latina[88].

Condições impossíveis eram tidas *pro non scriptis*, segundo a opinião dos sabinianos, que depois também Justiniano recebeu. Os proculianos eram de opinião contrária[89]. O mesmo se entendia com relação às *conditiones turpes*, e do mesmo modo com aquelas que fossem *contra leges*, ou contra princípios que tivessem *vicem legis*[90]. Aqui estão compreendidas as condições que se impõem de não casar, e que eram contrárias às disposições da *lex Julia* e *Papia Poppaea*[91]. Eram também nulas as *captatoriae institutiones*, dependência de futura instituição de herdeiro pelo instituído[92].

86 Nov. Theodosii II, lib. I, tit 16.
87 Cic. de Or. I, 39.
88 Gai. II, 116, 117, 180-190; Ulp. XXI; Paul sent. ree. III. 46; Inst. II, 14 de heredib. instituendis, Dig. XXVIII, 5; Cod. VI, 24 de hered. Inst.
89 L. 15, 21 § 4 C. de testam. (6, 23).
90 Gai. III, 90; § 10 I. de hered. inst. (2, 14).
91 L. 14. D. de cond. inst. (28, 7).
92 L. 71, 72 D. de hered. inst. (28, 5).

B – *Substitutio*

§ 75. Se no testamento declara o testador, que na falta do herdeiro deve outro substituí-lo, a isso se chamava *substitutio*[93]. Assim era a nomeacão de um herdeiro sob a condição de que não possa o outro nomeado vir a herdar, como, por exemplo: *titius heres esto (institutus) si Titius heres non erit, Mevius heres esto (substitutus) si Mevius heres non erit, Sempronius et Gaius heredes sunto (substitutus substituti)*. Esta *substitutio* pode ter lugar em todo e qualquer testamento, *vulgaris substitutio*[94]. Para menores – *sui* do testador tinha a *substitutio* isto de particular que era mesmo possível para quando o menor instituído fosse herdeiro, e morresse ainda menor – o substituto havia todos os bens. Tal era a *substitutio pupillaris*[95]. Era ela considerada como um testamento do pai para o filho no caso de vir este a morrer ainda menor. Estabelecia portanto um testamento paterno como válido, e cuja *sequela* era a *substitutio pupillaris*. Podia ter lugar ou no testamento do pai ou seguir-se em um testamento particular. É pois este um testamento sobre duas *hereditates*. Com relacão aos pupilos, podia-se dar uma *substitutio* vulgar e pupilar – *duplex substitutio*, por exemplo: *filius heres mihi esto, si heres non erit, sive erit et intra pubertatem deceseait, tunc Gaius Seius heres esto*. Até mesmo devia compreender-se na substituição pupilar, a vulgar. Por uma constituicão de Marco Aurélio também às avessas; de maneira que toda substituição de um pupilo era em dúvida substituída[96], *in utrumque casum* (*in primum et secundum*)[97]. Também se podia substituir ao herdeiro um fideicomissário para o caso de ser ele o herdeiro, isto é, sob a condição de dar a herança como fideicommisso, *substitutio fideicommissaria s. precaria*[98].

Quando alguém tinha filhos, que por outro qualquer motivo não podiam testar, como por ex: surdos, mudos, furiosos, podia o pai, por

93 Gai. II, 174-184.
94 Gai II, 174-178; Inst. II, 15. de vulgar. substitutione.
95 Gai. II, 179-182; Inst. II, 16. de pupillar. subst.
96 L. 4. C. de impub. et. al. subst. (6, 26).
97 L. 4 pr. 1. D. de vulg. et pup. (28, 6).
98 Gai. II 183; § 9. I. de pup. subst. (2, 16).

analogia à substituição pupilar, nomear um herdeiro para o caso de morrer o filho ainda nesse estado, e isto por concessão particular do regente. Justiniano concedeu aos ascendentes de furiosos, em geral – *substitutio quasi pupillaris*, porém com restrições[99].

V. DA NULIDADE DO TESTAMENTO

§ 76. É nulo o testamento quando *ipso jure*, e por uma certa causa, por uma certa falta, é considerado como se não existisse, como se nada houvesse – *testamentum nullum*; ou então quando a falta dá a alguém direito a pedir *rescisão* do testamento o qual se tornava nulo pela rescisão. O testamento podia ser nulo logo de princípio, *testamentum injustum, non jure factum;* ou vir a ser nulo depois por nulidade que só depois aparece: *ruptum, irritum*, *destitutum*[100].

Pode um testamento ser nulo ou vir a ser por incapacidade do testador. O testador deve ter a *testamenti factio activa* no momento de fazer o testamento, e continuar a tê-la no momento de sua morte; do contrário era o testamento *irritum*. Isto, porém, não se entendia para o caso de endoidecer ele, mas só no de uma *capitis diminutio*[101]; não se entendia também para o caso de ter sido testador feito prisioneiro de guerra; porque ou ele voltava e tinha o *postliminio*, ou morria no cativeiro, e então fingia-se ter ele morrido no momento de ser aprisionado – *fictio legis Corneliae*[102].

Falta de alguma das solenidades requeridas em direito anulava do mesmo modo o testamento. Uma das principais causas de nulidade era quando um *suus* era preterido, isto é, quando ele nem era competentemente instituído, nem competentemente deserdado. Por direito antigo dava-se para aqui o caso de nulidade quando era um filho preterido, ou quando não eram lembrados uma filha ou netos, e estes acresciam aos instituídos *in partem*, se eram *sui* os instituídos *in partem virilem,* se

---

99 L. 42 pr. D. de vulg. (28, 6); L. 9. C. de imp. Subst. (6, 26); § 1. de pup. subst.(2, 16).

100 Gai. II, 138-151; Ulp. XXIII; Inst. II, 17, quib. mod. testam. Infirmantur; Dig. XXVIII, 3, de injusto, rupto, irrito fac. testamento.

101 Ulp. XXIII, 4.

102 Ulp. XXIII, 5; §5 I. quib. non est perm. (2, 12).

estranhos *in dimidiam*[103]. Se antes da filha morria o filho, permanecia então nulo o testamento segundo a opinião dos sabinianos; segundo a dos proculianos, só se decidia da sua nulidade por morte do testador se ainda vivesse o preterido[104]. Por direito justinianeu era o testamento sempre nulo[105].

Também era causa de nulidade quando depois existia um *suus* pela *agnatio posthumi*; sendo então o testamento *ruptum*. Todo e qualquer póstumo preterido anulava o testamento. Isto podia evitar-se de duas maneiras, já instituindo-o, já deserdando-o, o que porém não se podia dar para com todos. Não é possível ser deserdado o filho adotado depois do testamento, ou a *uxor* que caiu *in manus mariti*, ou o *filius ex primo secundaque mancipatione manumissus*, por serem estranhos, e a instituição de nada servia por não serem instituídos como *sui*[106]. Da mesma maneira de nada servia a instituição e a *exheredatio* na *causae probatio* (*erroris causa*); ao que fez uma exceção um Scto do tempo de Adriano para o caso de ter ela lugar depois da morte do *testador*[107].

Quando ninguém era herdeiro pelo testamento, era este *irritum*, ou *destitutum*[108].

Por revocação, tornava-se o testamento *ruptum*. A revocação tinha lugar por testamento posterior, sendo *jure factum*, embora depois se tornasse nulo[109], e também pela destruicão do documento[110]. Revogação natural não destruía a instituição[111], só por direito justinianeu, quando *apud acta*, e perante três testemunhas se fizesse a declaração, e tivesse já decorrido dez anos[112].

---

103 Gai. II, 124; Ulp. XXII, 17.
104 Gai. II, 123, 124.
105 L. 4. C. de lib. praet. (6, 28).
106 Gai. II, 138-142.
107 Gai. II, 142, 143.
108 Gai. II, 144.
109 Gai, II, 144; Ulp. XXIII, 2; § 2, I, quib. mod. test. (2, 17).
110 L. 20. D. de injusto (28, 3); L. 1 § 8 D. si tab. test. nullae (38, 6).
111 L. 15 § 1 D. de lib. et post. (28, 2); L. 17 § 2. D. de test. mil. (29, 1).
112 L. 27. de test. (6, 23).

Quando o testamento nada ou pouco deixava a uma pessoa cuja exclusão era encarada como uma quebra de piedade, era o testamento inoficioso. O *jus civile* dava a essa pessoa assim excluída o direito da *quebra inofficiosi testamenti*, dentro de cinco anos, representando ela ter o testador obrado apaixonada e cegamente (*quasi non sanae mentis fuisset, color insaniae*)[113].

VI. DOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

§ 77. Testamentos privilegiados são aqueles que fazem exceção às regras gerais estabelecidas sobre testamentos. Os mais privilegiados são os militares. O *testamentum in procinctu factum* parece ter desaparecido ainda muito cedo; assim corno desapareceu o *testamentum in comitiis calatis*; e de então até Júlio César não se fala de testamento algum privilegiado. Os privilégios que César concedeu são pouco conhecidos, e foram efêmeros[114]. Como privilégio podemos considerar o que Augusto concedeu aos *fifliifamilias milites* de poderem fazer testamento sobre o pecúlio castrense[115]. Quem porém verdadeiramente concedeu testamentos privilegiados e ilimitados, por assim dizer, foi Tito Vespasiano; suas determinações a esse respeito foram ainda ampliadas por Domiciano, Nerva e Trajano[116].

A capacidade que tinham os militares para testar estendia-se também aos *filiifamilias,* que, como dissemos, podiam testar sobre o pecúlio castrense[117]. Assim também seus testamentos eram válidos, quando no momento da confecção do testamento ignorassem que eram *sui juris*[118]. Podiam os militares também testar quando condenados à morte sendo que a sentença não fosse por crime de traição, mas por infração à disciplina do exército; entretanto só sobre o pecúlio castrense[119]. Quanto ao modo de tes-

---

113 L. 2. 5. D. de inoff. test. (5, 2).
114 L. 1 D. de test. mil. (29, 1).
115 Pr. I. quib non est perm. fac. test. (2, 12).
116 L. 24 D. cit.
117 Pr. I. eod. (2, 12); L. 1, 2, 9, 13, 19 pr. § 2. D. de castr. pecul. (49, 17); L. 43 D. de test. mil (29, 1).
118 L. 11 § 1. D. de test. milit. (29, 1).
119 L. 11 pr. D. eod.; L. 32 § 8 D. de donat. int. vir et ux. (24, 1); L. 1. D. de veteran. et mil. succ. (38, 12).

tar, podiam eles fazê-lo prescindindo de todas as formalidades, bastando só declararem qual a sua vontade, escrevendo ou mesmo dizendo qual ela fosse perante algumas pessoas que estivessem em estado de a testemunhar[120]. Podiam eles no codicilo testamentar acrescentar mais herdeiros aos já instituídos[121]. Todos os privilégios concedidos aos militares entendiam-se com os militares de toda espécie e de toda e qualquer classe[122]. Justiniano porém mandou que deles só gozassem os que estivessem *in expeditione*[123].

Tanto quanto o soldado servia, permaneciam em vigor as suas disposições[124], e até mesmo em nada influía sofrer ele uma *capitis diminutio minima*[125].

Outros testamentos privilegiados existiam, os quais talvez só tivessem origem no tempo dos imperadores.

Testamentum tempore pestis conditum. Quando grassam doenças epidêmicas, é natural em todos o receio do contágio, e como quase todos ordinariamente fujam de concorrer à reuniões, permitiu-se ao testador fazer chamar cada testemunha de per si, e com cada uma delas fazer o seu testamento; que pela primeira vez se encontra em um rescrito de Diocleciano, o qual pelas suas mesmas palavras mostra não ser a fonte desse privilégio[126].

Por ordenança de Constantino, podiam os sacerdotes testar sem que para isso fosse necessário testemunhas, principalmente quando se manumitiam escravos[127].

Testamentum ruri conditum. O uso e depois Justiniano concedeu aos *rusticani*, gente do campo, poderem testar valiosamente perante cinco testemunhas[128].

---

120 Gai. II, 109; Ulp. XXIII, 10; pr. I. de mil. test. (29, 7).

121 L. 36 pr. D. eod.; L. 8 § 4. D. de codicill. (29, 7).

122 L. 20 pr.; L. 25, 42, 43 D. de test. mil (29, 1); L. Un. § 1. 2. D de bon. poss. ex test. mil. (37, 13).

123 L. 17. C. testam. militis (6, 21); Pr. § 4. I. de milit. testam. (2, 11).

124 § 3. I. eod.

125 L. 22. 23. D. eod.

126 L. 8. C. de testam. (6, 23).

127 L. un. C. Th. de manum. in eccles. (4, 7); L. 2. C. de his qui in eccles. manum. (1, 13).

128 L. 31. C. de testam. (6, 23).

Por último introduziu Justiniano o *testamentum parentum inter liberos*[129], mandando que logo que o ascendente instituísse herdeiro a descendentes, alguns ou todos, que tivesse ele validade mesmo sem que tivesse sido feito perante testemunhas, tendo o testador escrito de seu próprio punho o testamento (*testamentum holographum*, em contraposição ao *allographum*), e declarado com toda clareza a data e o nome dos descendentes instituídos, e a parte que devia caber a cada um[130]. A instituição de outras pessoas neste testamento não era válida; legados podiam ser deixados a outras pessoas, devendo então o testador declarar perante duas testemunhas pelo menos que tudo tinha sido escrito de seu próprio punho, e era sua vontade firme[131].

129 L. 1. C. Th fam. here. (2, 24).
130 L. 7 § 2. C. Th de testam. (4, 4).
131 Nov. 117 proem. C. 1. 2.

. . . .

Capítulo III

DA SUCESSÃO CONTRA UM TESTAMENTO

§ I. DA OBRIGAÇÃO RIGOROSA DE INSTITUIR OS FILHOS

78. Todo e qualquer cidadão romano podia nomear-se um herdeiro segundo o antigo preceito da Lei das XII Tábuas *uti quis legasset ita jus esto*; podia o testador excluir até mesmo seus próprios filhos, o que porém quando assim quisesse fazer devia declarar expressamente em seu testamento, a fim de que não houvesse dúvida alguma principalmente a respeito dos póstumos, e para que se tornasse manifesto que ele deles se lembrara, ou não[1]. Esta declaração expressa, que ele devia fazer, de deserdar, só era necessária quanto aos descendentes *in patr. pot.*, por isso que a mãe não podia ter *heredes necessarii*, e para o pai não eram *heredes* os *emancipati*[2].

Tinha pois o pai obrigação de curar que o filho que estava em seu poder não deixasse de ser instituído, ou então que fosse deserdado expressamente; porquanto, caso o preterisse ser-lhe-ia inútil testar. Só tinha

1 Gai. II, 130, 134; Ulp. XXII, 14, 15.
2 Ulp. XXII, 14, 15.

lugar nulidade quando o preterido era um filho; se eram filhas ou netos acrescentavam estes então aos instituídos, se os instiuídos eram *sui, in partem virilem*, se outros, *in dimidiam partem*[3], como fica dito.

As filhas, e os netos bastavam ser deserdados *inter coeteros*, com a cláusula unida à instituição dos herdeiros *coeteri exheredes sunto*; devendo o testador, quando eles nasciam depois do testamento deixar-lhes um legado, a fim de fazer ver com isso, que deles se tinha lembrado; e a não fazê-lo devia então deserdá-los expressamente, sendo em caso contrário isso considerado como uma preterição[4]. Os póstumos preteridos nascendo, quer fossem filhos, filhas, ou netos, anulavam o testamento, *posthumus agnascendo rumpit testamentum*[5]. Não se entendia só com os póstumos em sentido próprio; porquanto não deviam também ser preteridos pelo testamento paterno os *sui heredes* que apareciam depois da confecção do testamento[6]. Quando ainda em vida do testador lhe nasciam filhos não se entendia com eles a instituição ou deserdação de póstumos, por isso que não eram verdadeiramente póstumos, e sendo então *sui heredes*, tendo sido preteridos anulavam o testamento. O mesmo acontecia quando vinha o testador a ter filhos quer adotando-os[7], quer tomando uma *uxor in manu*[8], quer vindo a ter filhos em seu poder pela *causae probatio*[9], o que introduziu pela *lex Aelia Sentia* foi admitido, quando ainda mesmo o filho fizesse valer a *causae probatio* depois da morte do pai, até que por um Scto do tempo de Adriano foi revogado[10].

Estes pricípios também em parte podem ser aplicados quando haja filhos que no momento da confeccão do testamento não se achavam em poder do pai, e vinham depois a cair sob seu poder; assim

---

3 Gai. II, 124; Ulp. XXII, 17.
4 Gai. II, 128, 134; Ulp. XXII, 20-22; pr. § 1. J. de exher. lib. (2, 13).
5 Cic. de Orat. I, 57; Gai. II, 131; Ulp. XXII, 18 XXIII, 2, 3; § 1. J. de exher. lib. (2, 13); L. 12, 22, 24, 30 D. lib. et posth. (28, 2).
6 Gai. II, 133; § 2. J. de exher. lib. (2, 13); L. 3 § 1. D. de inj. (28, 3).
7 Gai. II, 138-140; Ulp. XXIII, 3.
8 Gai. I. c.; Ulp. I. c.
9 Gai. II, 142.
10 Gai. II, 143.

como quando tivessem sido manumitidos pelo senhor voltassem para o poder do pai[11]; ou quando voltassem do cativeiro inimigo[12]; ou no caso de ser o filho soldado, testar sobre o pecúlio castrense, e que no entanto, deixando o serviço, viera a obter por morte de seu pai pátrio poder sobre os *sui*[13].

Justiniano mandou para que prevalecesse o testamento, fosse o filho ou filha deserdados expressamente[14].

Vejamos agora o direito pretório com relação à successão contra um testamento. Por este direito aquelas pessoas que tivessem a *bonorum possessio unde liberi* ou deviam ser instituídas, ou deserdadas. A deserdação devia ser feita *nominatim* quando eram pessoas do sexo masculino os deserdados; porque para as do sexo feminino bastava que fossem *inter coeteros*, como já acima dissemos. Se estas pessoas fossem preteridas concedia-lhes o pretor a *bonorum possessio* contra o testamento[15], *contra testamentum*, *contra lignum*[16]; ele só exigia que houvesse um tal testamento não sendo preciso que o herdeiro adisse a herança; assim como podia o testamento por outra qualquer causa ser nulo *jure civili*[17]. Propriamente falando o testamento não era nulo, razão por que permanecia a substituição pupilar[18]; assim como as disposições feitas a favor dos descendentes do testador; só não podiam estas exceder a mais do que aquilo que recebia um *bonorum possessor*[19]. Do mesmo modo permanecia o legado, pelo qual se restituía à mulher, ou à nora um dote que o testador recebera[20]. Marco Aurélio estabeleceu, que com relação às fêmeas

---

11 Gai. II, 141; Ulp. I. c.; L. 8 § 1. D. de inj. (28, 3).

12 L. 31. D. de lib. et posth. (28, 2); L. 6 § 1. 2.; L. 10 D. de injur. (28, 3); L. 8, 9, 15. D. de captiv. (49, 15).

13 L. 28 § 1. D. de lib. et posth. (28, 2).

14 L. 4. C. de lib. praet. (6, 28).

15 Gai. II, 129, 135; Ulp. XXII, 23.

16 L. 19. D. de b. P. C. t. (37, 4).

17 L. 4 pr. L. 19. D. de bon. poss. c. t. (37, 4).

18 L. 22, 34 § 2. D. de vulg. et pupil. subst. (28, 6).

19 Dig. XXXVII, 5, delegat. praestand. contr. tab. bon. possess.

20 L. 8 § 2.; L. 10 § 1. D. eod.

fosse a *bonor. possessio* considerada igual à preterição dos *sui* que não eram *filii*, segundo o direito civil[21].

Já dissemos que Justiniano mandou, que *ex heredatio* de descendentes fosse feita expressamente.

II. DA LEGÍTIMA

A – *Do direito de legítima dos parentes*

§ 79. O herdeiro *ab intestato* de um testador a quem este tivesse deixado em seu testamento pouco ou nada, ou a quem tivesse mesmo completamente ignorado, ou expressamente deserdado, ou instituído em uma diminuta porção, podia queixar-se perante o tribunal centunviral de ter sido feito o testamento contra a piedade e amor, isto é *inofficioso*; e logo que a sua exclusão não fosse bem fundada podiam os *centunvires* anular o testamento, por isso que se devia supor o testador como não estando em seu perfeito juízo[22].

A antiguidade porém deste princípio não é conhecida, por isso que já Cícero o conhecia, e nada existe que ateste a sua origem[23]. Talvez que da determinação dos editos dos pretores, que mandavam que os libertos deixassem uma parte de seus bens ao patrono tirassem os jurisconsultos o segurar-se também para outros herdeiros uma parte dos bens. Em todo caso a fonte não é uma tal *lex Glicia* como supôs Cujacius[24]. Em princípio, talvez que pudesse todo, e qualquer herdeiro próximo *ab intestato*, que se julgasse prejudicado, apresentar-se com a *querela inofficiosi testamenti*, e estaria então ao livre-arbítrio dos *centumvires* rescindir o testamento, ou não; depois porém, pouco a pouco, principalmente em virtude de constituições imperiais estabeleceu-se que só descendentes, ascendentes, e irmãos, tinham a *querela* por serem parentes mui chegados. Ulpiano ainda dava por possível a *querela* de parentes mais remotos, a qual porém ele reputava não comum, e de nenhumna espe-

---

21 Gai. II, 126.

22 Pr. I. de inoff. tent. (2, 18); L. 2, 5, 19. D. eod. (2, 5); L. 36. D. de legat. III, (32).

23 Cic. in Verr. II, 1. c. 42.

24 Cujacius, Observ. II, 21; XIV, 14.

rança[25]. Diocleciano os excluiu da *querela*[26]; e Constantino ainda fez mais concedendo-a só em certos casos a irmãos[27]; de maneira que só tinham os descendentes e ascendentes do testador de ordinário direito a ela[28].

Já no princípio do tempo dos imperadores se tinha tomado um *minimum*, que era quanto bastava para que logo que fosse deixado excluísse a querela, o que também devia ser deixado aos herdeiros *intestados* mais próxirnos, logo que não havia razões plausíveis para deserdá-los; tal é a *portio debita,* s. *legitima*. Até ao tempo de Justiniano foi a legítima de 1/4 da porção intestada[29], o que provavelmente foi derivado da *Quarta Falcidia*, por isso que até mesmo algumas vezes se chamou a *legitima*, *quarta falcidia*[30].

Para a dedução da legítima calculava-se a massa dos bens deixados pelo testador deduzidas as dívidas e as despesas do funeral[31]. Assim também para se calcular a legítima eram contados os herdeiros mais próximos, que deserdados valiosamente ou por outras causas não tinham direito à legítima[32].

Justiniano marcou, que quando se dessem quatro herdeiros que fosse a legítima para menos de 1/3, quando cinco de 1/2 de suas porções intestadas[33]. A legítima podia ser deixada por instituição, por legados, doações, logo que o fim que se tinha em vista era deixar — a legítima[34].

Zenão acrescentou que o *dote* ou *donatio propter nuptias* prometidos pelo testador ao herdeiro, mesmo sem declaração, fossem compreendidos na legítima[35].

---

25 L. 1. 6 pr. D. inoff. test. (5, 2).
26 L. 21. C. eod. (3, 28).
27 L. 27. C. eod.; L. 1. 3. C. Th. eod. (2, 19).
28 § 1. I. eod. (2, 18).
29 Plin. Epist. V, 1; L. 8 § 8, 9. D. eod.; L. 6, 8 pr. C. eod.; § 7. I. eod.
30 L. 28. C. Th. de judaeis (16, 8); L. 8 § 9. D. de inoff. test. (5, 2); Vatic. Frgm. § 281; L. 2. C. de mort. caus. don. (8, 57); L. 21. C. fami. here. (3, 36).
31 Paul. sent. rec. IV, 5 § 6. ; L. 6. C. de inoff. test. (3, 28); L. 8 § 9. D. eod.
32 L. 8 § 9. D. eod.
33 Nov. 18 c. 1; Nov. 39. c. 1.
34 § 3, 6, I. de inoff. test. (2, 18); L. 8 § 6; L. 25 pr. D. eod; L. 30 pr.; L. 33 pr.; L. 35 § 2; L. 33. C. eod.
35 L. 29. C. eod.

Justiniano ordenou que tudo o que o herdeiro tivesse recebido do testador, fosse compreendido na sua legítima[36].

B – *Das demais pessoas que tinham direito à legítima*

§ 80. O antigo direito civil não estabelecia restrição alguma ao modo por que testava um liberto[37]; o mesmo, porém, já não acontecia a respeito das libertas, que para fazê-lo precisavam do consentimento do patrono, como seu tutor legítimo[38]; pela *lex Papia Poppaea*, se a liberta tivesse dado à luz quatro filhos ficava livre dessa tutela[39]. Entretanto logo que apareceu a idéia de que o testador não podiam prescindir de deixar alguma cousa a seus herdeiros *ab intestato* fizeram disso aplicação ao direito de sucessão do patrono. O edito pretório prescreveu, que um liberto que não tivesse filhos legítimos deixasse ao seu patrono (não à patrona) ou no caso de haver este já falecido a seus herdeiros varões – metade de seus bens[40]. Isto, porém, não dizia respeito ao testamento de uma liberta[41]. A *lex Papia Poppaea* ainda foi mais longe ordenando que o liberto que possuísse mil sestércios, e tivesse menos de três filhos, deixasse ao patrono, ou a seus herdeiros varões uma porção viril[42]; e que a patrona e descendentes do patrono do sexo feminino nos casos em que fossem considerados na sucessão *ab intestato* iguais ao patrono, e aos seus descendentes varões tivessem igual direito a ser contempladas no testamento do liberto[43]. Mandou também esta lei que o liberto que tivesse o *jus quatuor liberorum*, visto poder testar independentemente do patrono, que pelo seu testamento lhe deixasse uma porção viril[44].

---

36 L. 20. C. de collat. (6, 20).

37 Gai. III, 40; Ulp. XXIX, 1.; pr. I. de success. lib. (3, 7) L. 4. C. de bon. lib. (6, 4).

38 Gai. III, 43; I, 192; II, 118, 122.

39 Gai. III, 44, 45, 59; Ulp. XXIX, 3, 4.

40 Gai. III, 41, 45, 58; Ulp. XXVII, 1; XXIX, 1, 4.

41 Gai. III, 43, 44.

42 Gai. III, 42; 2. I. de succ. lib. (3, 7); L. 4. C. de bon. lib. (6, 4).

43 Gai. III, 49, 50; Ulp. XXIX, 6; Gai. III, 53, Ulp. XXIX, 7; Gai. III, 46, 47; Ulp. XXIX, 5.

44 Gai. III, 43, 44; Ulp. XXIX, 3.

Valentiniano III ordenou que logo que o liberto ou a liberta tivesse descendentes de qualquer modo que fosse, estes pudessem ser instituídos herdeiros sem restrição alguma de todos os bens[45]. Quando, porém, não houvesse descendentes, deveria então o patrono conservar o mesmo direito que lhe era concedido pelas leis anteriores; os filhos do patrono porém só tinham 1/3 da herança; e às filhas e aos seus descendentes não era obrigatório deixar-se-lhes cousa alguma.

Finalmente Justiniano ordenou que o liberto de qualquer sexo que fosse, quando possuísse menos de cem mil *solidi*, pudesse testar sem consideração alguma com o patrono, e seus descendentes; e no caso de possuírem mais, não só os descendentes do liberto instituídos excluíam o patrono, como também deserdados, quando tivessem sido bem sucedidos com a *querela inofficiosi testamenti*. Porém não tendo o testador descendentes, ou tendo-os, havendo eles sido deserdados *nominatim*, seus bens cabiam ao patrono, e a seus descendentes até o 5º grau, podendo estes não o fazendo ele reclamarem contra o testamento[46].

À viúva miserável concedeu Justiniano um direito de sucessão excepcional[47].

III. REFORMAS DA NOV. 115

§ 81. Não podiam ascendentes, sem um motivo plausível, preterir ou deserdar aos seus descendetes; e os descendentes aos ascendentes, ficando em caso contrário nulo o testamento, porém em vigor todas as outras disposições[48]. No caso de terem sido instituídos herdeiros de uma porção menor do que a legítima, podiam exigir restituição do resto[49].

---

45 Nov. Valent. III, Tit. 25, § 2, 3, 4, 8.
46 L. 4. C. de bon. lib. (6, 4).
47 Nov. 117 c. 5.
48 Nov. 115. c. 3.
49 Nov. 115. c. 5.

. . . .

Capítulo IV

COMO SE EXTINGUE A HERANÇA

§ I. CAUSAS DA EXTINÇÃO (EM PARTICULAR DOS CASOS DAS TRANSMISSÃO)

82. Muitos dos casos em que o direito de sucessão de um herdeiro passa para outro herdeiro têm referência à morte do herdeiro, e são estes os que exclusivamente se chamam os casos da transmissão.

A mais antiga é *a transmissio ex capite restitutionis in integrum*. De mandado de Antonino Pio estabeleceu-se que os herdeiros de um herdeiro já falecido pudessem a título de restituição ter o direito de entrar em seu lugar, quando provassem ter-lhe sido impossível por ignorar o deferimento da heranca ou por outras causas semelhantes declarar antes da sua morte que adia a herança[1]; e que também o senhor ou pai do herdeiro, que não se achasse em circunstâncias de ordenar ao herdeiro que adisse a herança antes da sua morte, pedisse por igual motivo para si a restituição[2].

---

1 L. 86 pr. D. de adqu. her. (29, 2); L. 3 § 30-32; L. 4. D. ad Sct. Sil. (29, 2).
2 L. 30 pr. D. de adqu. her. (29, 2).

Segue-se depois o princípio estabelecido pela praxe, que logo que o herdeiro em o tempo marcado para a sua apresentação tivesse falecido antes de agnoscer a *bonorum possessio*, que podiam seus herdeiros logo que se apresentassem no tempo marcado obter a *bonorum possessio*[3].

Transmissio ex capite infantiae, itroduzida por Teodósio II em 426: Mandava ele que quando fosse deferida uma herança a uma criança menor de sete anos, e que esta tivesse falecido antes de adi-la, pudesse então o ascendente, que sobre ela tivesse tido poder (*potestas*) antes da sua morte, adquirir a herança para si[4].

No ano de 450 instituiu Teodósio II a denominada *transmissio theodosiana*, para o caso de que quando um dos descendentes instituídos pelo seu ascendente tivesse falecido antes da abertura do testamento, deixando descendentes seus, pudessem estes suceder em seu lugar[5].

Por último estabeleceu Justiniano como princípio geral**,** que logo que um herdeiro dentro do tempo marcado para deliberação, ou mesmo quando não fosse marcado tempo algum morresse sem prévia declaração sua, podiam seus herdeiros adir a herança no prazo marcado ou dentro de um ano[6]; ao que se chamou *transmissio Justinianae*. Por esta *transmissio* perdeu muito de sua antiga influência a *transmissio ex capite restitutionis*, podendo-se dela só fazer aplicação quando a morte do herdeiro tivesse lugar dando causa a ser necessário provar-se que houve um motivo plausível pelo qual se não fez declaração de adir a herança.

Dos demais casos em que pode outra pessoa legalmente suceder a um herdeiro no seu direito de sucessão temos a considerar como um dos casos mais antigos – a *caducidade* estabelecida pela *lex Julia et Papia Poppaea*.

Justiniano mandou que quando fosse deferida uma herança a um filho maior que se achasse ainda sob o pátrio poder, não a querendo ele, pudesse seu pai adi-la em seu lugar[7].

---

3 L. 6 § 3; L; 5; D. de bon. poss. C. t. (37, 4); L. 12 D. de carbon. edict. (37, 10).

4 L. 18 § 1. 3. C. de jure delib. (6, 30).

5 L. un. C. de his qui ante apert. tab. (6, 52); L. un. § 2. 3. C. de cadue. toll. (6, 51).

6 L. 19. C. de jure deliberandi (6, 30); Nov. 158.

7 L. 8 pr. § 1. 2. C. de bon. quae lib. (6, 61).

II. CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO (EM PARTICULAR DO *JUS ACCRESCENDI*)

§ 83. Pela idéia de se considerar a todo e qualquer herdeiro como sucessor *in universum jus defuncti*, de si mesmo se entende, que com a morte de um de muitos co-herdeiros o direito destes se estendia também à parte daquele; e é ao que se chamou *jus accrescendi*[8]. Aquele que se tornava herdeiro nem mesmo podia renunciar à parte que lhe acrescia, pelo que não precisava de primeiro adir a herança por isso que a herdava *ipso jure*[9]; e isto ainda mesmo quando o ignorasse ou tivesse falecido antes[10].

Por morte de um herdeiro era preciso que a sua parte na herança ficasse vacante, pelo que logo que o seu direito de sucessão fosse transferido a outros, ou quando existissem substitutos, o *jus accrescendi* poderia ter lugar quando se decidisse que estes não podiam herdar, ou quando eles não queriam a parte da herança que lhes cabia[11]. Exigia-se que a porção vacante não tivesse já sido adquirida de um modo válido, o que não podia acontecer por direito civil antigo, mas que se tornou possível depois que o edito pretório deu a todos os herdeiros a restituicão contra quem adisse a herança, e concedeu aos *suis* que herdavam *ipso jure* o *beneficium abstinendi*; e porque segundo Justiniano podia o herdeiro fazer revalidar a sua herança em consequência da *clausula privatoria*.

Aquele a quem acrescia não só devia ter adquirido a sua própria porção, como ter permanecido sempre herdeiro; porquanto quem tivesse perdido a herança por indigno, etc., não tinha direito algum ao *jus accrescendi*, o qual antes cabia ao que entrasse em seu lugar[12]; isto não se entendia

---

8 L. 59 § 3. D. de her. inst. (28, 5); L. 31, 53 § 1. L. 55, 76 pr. D. de adqu. hered. (29, 2); L. 3 § 9; L. 4, 5. D. de bon. poss. (37, 1): L. 1 § 10. D. de succ. ed. (38, 9); L. 9. D. de suis (38, 16); L. 17 pr. L. 23 § 2. D. de inoff. test. (5, 2).

9 L. 53, 55, 76 pr. D. de adqu. her. (29, 2); L. 2 § 8. D. de b. p. c. t. (37, 11); L. un § 8-10. C. de cad. toll. (6, 51).

10 L. 31. D. de adqu. her. (29, 2); L. 9. D. de suis (38, 16); § 4. I. de Sct. Orph. (3, 4).

11 L. 2 § 8. D. de b. p. s. t. (37, 11); L. un. § 12. C. de cad. toll. (6, 51); Nov. 1. c. 1 § 3.

12 L. 83. D. de adqu. her. (29, 2); L. un. § 12. C. de cad. toll. (6, 51).

com aquele que tivesse feito venda da herança, porque permanecia herdeiro. Se acrescia a muitos co-herdeiros, fazia-se a divisão entre eles conforme a porção própria que coubera a cada um[13]. Entretanto nem sempre cabia a todos os co-herdeiros a porção vacante.

Na sucessão testamentária os *heredes ex re certa*, instituídos com outros herdeiros, só gozavam do *jus accrescendi* por morte ds todos os outros, em cujo lugar se tornavam herdeiros. Se o herdeiro que morria fosse um *heres conjunctus*, a sua parte só acrescia aos outros *conjunctis*, quer fossem só *re conjuncti*, ou ao mesmo tempo *re et verbis conjuncti*; ao passo porém que a porção de um *heres disjunctus* era dividida entre todos[14].

Quanto à sucessão *ab intestato* tinha lugar o *jus accrescendi* quando um dos que pertenciam a uma estirpe morria, pelo que a sua porção acrescia em primeiro lugar aos outros co-herdeiros desta mesma estirpe[15].

13 L. un. § 10. C. de cad. toll. (6, 51).

14 L. 17 § 1.; L. 59 § 3; L. 63, 66. D. de hered. inst. (28, 5); L. un. § 10. C. de cad. toll. (6, 51).

15 L. 12 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4); L. 7. D. de collat. (37, 6); L. 1 § 12. D. de conjung. cum emanec. Lib. (37, 8); L. 5 § 2. D. s. tab. test. (38, 6).

. . . .

Capítulo V

DA AQUISIÇÃO DA HERANÇA

I. DA ADQUISIÇÃO

§

A – *Segundo o direito civil*

84. Pelos preceitos estabelecidos por direito civil quanto à aquisição de uma herança deferida – distinguem-se duas classes de herdeiros: herdeiros necessários**,** e herdeiros voluntários. Herdeiros necessários eram aqueles, que na regra não podiam rejeitar o direito de sucessão; *heredes extranei s. voluntarii* eram os que não tinham obrigação de ser herdeiro.

Os *necessarii heredes* por isso que não podiam deixar de aceitar a herança quer fossem chamados como herdeiros testamenteiros, quer *ab intestato*, eram *ipse jure* herdeiros[1]; mesmo quando ainda não tivessem

---

1 § 1. 2. I. de her qual. (2m, 19); § 2-8. I. de her quae ab intest. (3, 1); L. 42 pr. D. de adqu. her. quae ab intest. (3, 1); L. 42 pr. D. de adqu. her. 929, 2); L. 14. D. de suis et legit. (38, 16); L. 3. C. de jure delib. (6, 30).

notícia do deferimento da herança[2]; ou eram absolutamente sem vontade[3]. Os *extranei heredes* pelo contrário deviam adir a herança deferida para poderem adquiri-la; isto é, deviam dar a conhecer a sua vontade[4]; porém por direito moderno, excetuava-se o caso em que eles eram descendentes do defunto, por ter Teodósio II ordenado que fossem herdeiros *ipso jure*[5]; do que, entretanto, não se podia concluir serem eles obrigados a ser herdeiros.

Eram *heredes necessarii*: o escravo do testador quando por ele manumitido e instituído herdeiro[6]; os filhos vendidos pelo testador, e que ainda estivessem *in mancipio*, porém só quando o testador os tivesse instituído herdeiros[7]; os descendentes que se achassem em poder do testador ainda no momento de sua morte, ou que viriam a estar em seu poder se eles porventura, já tivessem nascido; e assim também a sua *uxor in manu*; ou a de um de seus filhos[8]. As duas espécies de herdeiros que mencionamos em primeiro lugar são chamados *heredes necessarii*; os últimos *sui et necessarii heredes*.

Os *heredes extranei, s. voluntarii*, como dissemos, tinham a escolher se queriam ou não adir a herança que lhes fora deferida[9]. Eles a adiam de três modos: por uma declaração formal perante testemunhas, ao que se chamava *cernere hereditatem*[10], ou por simples manifestação da vontade; ou tacitamente[11], *pro herede cestio*, quando o herdeiro se constituía

---

2 L. 30 § 6. D. de adqu. her. (29, 2); L. 29 § 2. D. de castr. pecul. (49, 17); L. 8. C. de suis et legit. (6, 55).

3 L. 7 § 2. C. de cur. fur. (5, 10).

4 § 3. I. de her. qual. (2, 19); L. 1, 2, 80. D. de adq u. hered. (29, 2); L. Un. § 10. C. de cad. toll. (6, 51).

5 L. 11. C. de suis. et legit. (6, 55).

6 Gai. II, 152-156; Ulp. XXII, 24; § 1 I. de hered. qual. (2, 19).

7 Gai. II, 160.

8 Gai. II, 157-160; III, 2-8; § 2. I. de her. qual. (2, 19); § 2-8. I. de her. quae ab intest. (3,1); L. 1 § 2. D. de suis et legit. (38, 16); L. 11, 29 § 12-15. D. de lib. et posth. (28, 2); Collat. L. Mos et Rom. XVI, 2, 6.

9 Gai. II, 162, 163.

10 Gai. II, 166; Ulp. XXII, 28; Varro de ling lat. VI, 81; VII, 98.

11 Gai. II, 167; Ulp. XXII, 25, 26.

de fato senhor da herança e dela dispunha. Para esta declaração não havia tempo algum marcado por lei. Os credores porém podiam dirigir-se ao pretor e pedir-lhe que marcasse um prazo, a fim de que o herdeiro adisse a herança[12]; o testador podia fazer um testamento, e nele prescrever uma *cretio*, isto é, declaração formal de que se devia adir a herança em um prazo marcado, ordinariamente de cem dias. Na *cretio* (vem de *cernere*)[13], vê-se que o essêncial consistia na declaração de se adir a herança, o que se fazia com certas palavras solenes: «*Quod me Publius Maevius testamento suo heredeem instituit eam hereditatem adeo cernoque*»[14]; e tinha isto lugar perante testemunhas. Segundo a fórmula – a *cretio* ou era *vulgaris*, ou era uma *cretio certorum dierum s. continua*; no primeiro caso quando o testador tivesse acrescentado as palavras « *quibus sciet poteritque* » contando-se o tempo do momento em que o deferimento da herança fosse conhecido do herdeiro[15]; o contrário tinha lugar pela *cretio continua s.*, *certorum dierum*, i. é quando essas palavras faltavam no testamento, do deferimento em diante[17]. Se tivesse sido prescrita a *cretio*, e para no caso de omissão seguir-se a *exheredatio*, nada aproveitava ao herdeiro chamado à sucessão ter ele tido sem a *cretio* gestão como tal; porquanto logo que expirasse o prazo entrava em seu lugar o herdeiro que o devia substituir. Se a *exheredatio* não tivesse sido expressamente declarada, ambos se tornavam herdeiros; sendo o primeiro por haver tido gestão como herdeiro; e o segundo por causa da *cretio* não cumprida[17]. Finalmente podia a declaração ser feita mesmo antes da abertura do testamento. A *lex Papia* modificou este direito por querer ela que a herança cujo *dominus* ainda a não tivesse podido adir, no caso de morrer, fosse deferida ao Fisco. Justiniano, porém, restabeleceu o direito antigo[18].

---

12 Gai. II, 167; L. 23 § 1. 2. D. de haered. Instit. (28, 5).
13 Gai. II, 164; Isid. Orig. V, 24.
14 Gai. II, 166: Ulp. XXII, 28.
15 Cic. ad Att. XIII, 46.
16 Gai. II, 170-173; Ulp. XXII, 27, 31, 32.
17 Gai. II, 174-178; Ulp. XXII, 33, 34.
18 L. un. § 1. 5. C. de cad. toll. (6, 51).

B – *Segundo o direito pretório*

§ 85. Muitas das instituições antigas principalmente o direito de sucessão conforme a Lei das XII Tábuas não se podia nuns harmonizar com as idéias do tempo da república; isto levou os pretores a fazerem modificações[19]. Esta nova forma do aquisição da herança chamava-se *successorium edictum*. Distinguia-se ela nisto, que aquele que se julgava com direito à sucessão apresentava-se perante a autoridade, em princípio perante o pretor, em Roma, ou na província perante o presidente; depois, no tempo de Constantino, perante o magistrado do lugar[20]; e a isto chamava-se *agnoscere s. petere s. admittere bonorum possessionem*.

O tempo para a apresentação estava marcado, sendo de um *annus utilis* para os ascendentes do defunto, e para os seus descendentes de cem dias úteis[21]. Passado o prazo marcado, dava o magistrado para aqueles que provassem um direito à sucessão, uma *missio in possessionem* bonorum[22]. No caso de se apresentarem pessoas que não tivessem direitos iguais obtinha a posse aquele que fosse o parente mais próximo; porém, nenhuma consideração se tinha para com os que se não tivessem apresentado, embora tivessem direitos iguais ou mesmo melhores[23]. O tempo fixado para a apresentação não corria para todos os herdeiros de uma só vez, porém sucessivamente para cada classe[24].

Logo que a ninguém se tivesse dado a *bonorum possessio secundum tabulas*, nem *contra tabulas* vinham então os herdeiros *ab intestato*,

---

19 Gai. III, 18 e seguintes; § 8. I. de bon. poss. (3, 9).

20 L. 2 § 3. D. quis ordo (38, 15); L. 9. C. qui admitti ad b. p. poss. (6, 9); § 10. I. de bon. poss. (3, 9).

21 L. 1 § 8-16. D. de success. ed. (38, 9); L. 2. D. quis ordo (38, 15); L. 4, 9. D. de bon. poss. (37, 1); § 9, 10. I. de bon. poss. (3, 9).

22 L. 2 § 11. D. ad. Sct. Tertull. (38, 17).

23 Ulp. XXVIII, 11; Gai. III, 36, 37; L. 1 § 10. D. de success. ed. (38, 9); L. 3 § 5; L. 4, 5. D. de bon. Poss. (37, 1); L. un. C. quando non pet. Part. (6, 10); L. 1, 2. C. de succ. Ed. (6, 16); § 9. I. de bon. Poss. (3, 9).

24 L. 9. D. de bon. poss. (37, 1); L. 5. C. qui admitti ad bon. poss. possunt. (6, 9).

não todos logo de uma só vez, porém, a primeira classe, depois as outras quatro à proporção que expirava o prazo marcado para cada uma[25].

Quanto ao efeito da concessão da posse da herança tinha o *bonorum possessor* em geral *loco heredis* todos os direitos e deveres de um herdeiro[26]; não deixava porém de haver diferença desta denominação *bonorum possessor*, para a de *heres*: porquanto a *bonorum possessio,* como um modo de adquirir pretório, não constituía senão o *in bonis esse*; com relação às cousas da herança, que só por usucapião passavam para o seu verdadeiro domínio[27]; podia também constituir unicamente uma simples posse provisória e condicional; assim como nos casos ordinários não dava ela necessariamente um direito definitivo e permanente à herança. Quando, porém, aque1e que tivessem recebido a *bonorum possessio* fossem os únicos herdeiros mais próximos então a estes era a herança sempre garantida, tanto como se eles a tivessem adido segundo o *jus civile*. Quando os herdeiros estavam em graus mais próximos, ou em grau igual dava a *bonorum possessio* um direito definitivo se estes pertenciam ao número dos novos herdeiros do direito pretório; se porém pertenciam ao número dos antigos *heredes juris civilis*, fossem eles herdeiros testamentários, ou *ab intestato*, logo que eram herdeiros mais próximos, a *bonorum possessio* era o unicamente *utilis*; eles porém não precisavam agnoscê-la; por isso que podiam fazer valer o seu direito contra o *bonorum possessor*, por via da *hereditatis petitio*; o que não acontecia no primeiro caso, pois que a *bonorum possessio* para os outros era *necessaria*, isto é, era uma condição necessária para a sucessão, perdendo o seu direito aquele que não se apresentasse[28]. Daqui veio difrerençar-se a *bonorum possessio cum re*, e *sine re*; entendendo-se por *bonorum possessio cum re*, quando ninguém podia haver do *bonorum possessor* a herança; e *b. p. sine re*, quando se dava a existência de herdeiro a quem devia o *bonorum possessor* logo que preciso fos-

---

25 § 8. I. de bonor. poss. (3, 9); L. 1 pr. § 11. D. de success. ed. (38, 9); L. 4 § 1. D. quis ordo (38, 15); L. 12 pr.; L. 17. D. de injusto (28, 3).

26 Gai. III, 35-38; IV, 34; Ulp. XXVIII, 12 § 2. I. de bonor. poss. (3, 9); L. 13 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4); L. 1, 2, 3 § 9; L. 4. 5. D. de b. p. (37, 1).

27 Gai. II, 80.

28 L. 4. C. qui adm. ad bon. possess. Poss. (6, 9).

se ceder parte, ou toda a herança[29]. Pelo usucapião desaparecia o direito do herdeiro civil, logo que o *bonorum possessor* tivesse estado de posse da herança o tempo necessário para completar o usucapião, excetuando-se o caso de ser o herdeiro civil um *suus heres* do defunto[30].

II. EFEITOS DA AQUISIÇÃO

A – *Em geral*

§ 86. Pela aquisição da herança entra o herdeiro em todos os direitos do defunto, e então dá-se uma sucessão. A natureza pois deste direito está na representação do defunto com relação aos seus bens, e na transferência da sua personalidade para o herdeiro. Logo que tem lugar a aquisição entende-se haver o herdeiro já sucedido ao defunto desde a sua morte. *Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*[31].

O herdeiro é obrigado a satisfazer as dívidas do defunto com os seus próprios bens, logo que aquelas excedessem a fortuna deixada[32], o que já a Lei das XII Tábuas tinha prescripto[33]. Este princípio sofreu porém exceções, sendo a primeira pelo privilégio aos soldados concedido por Justiniano[34]; e assim também pelo *beneficium inventarii* também introduzido por este imperador. Ele ordenou, que o herdeiro quando ainda não tivesse adido a herança[35], em 30 dias, depois de lhe ser conhecido o seu deferimento, declarasse querer proceder a inventário, e devia concluí-lo em sessenta dias, tendo sido feito com assistência de notário, dos credores, e legatários ou na presença de três testemunhas[36], quando estes não estivessem presentes.

---

30 L. 8. C. de jure delib. (6, 3); L. 2. C. de usuc. pro her. (7, 27); compare com Gai., 201.

31 L. 54. D. de adqu. Hered. (29, 2).

32 L. 8. pr. D. de adqu. hered. (29, 2); L. 33 D. solv. matr. (24, 3); L. 10, 22 § 14. C. de jure delib. (6, 30); L. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1); § 5. de her. qual. (2, 19).

33 L. 7. C. hered. act. (4, 16); L. 6. C. fam. here. (3, 36).

34 L. 22 § 15. C. de jure delib. (6, 30).

35 L. 22 § 1. C. eod.

36 L. 22 § 2. C. eod. Nov. 1. c. 2 § 1.

B – *Em particular*

1. Da Hereditatis Petitio

§ 87. Para tornar valioso o direito de sucessão serviam-se os romanos da *hereditatis petitio*, que podia ser intentada contra todo aquele que possuísse a herança, uma parte dela, ou cousas da herança[37], ou que se dava por possuidor, *qui liti se obtulit*[38], contra os que possuíam cousas da herança, ou *dolo possidere desiit*[39]; ou que receberam um preço por ela[40]; e finalmente também contra o *juris possessor*, isto é, aquele sobre cujos bens a herança tem direitos[41], ou que ficou devendo ao testador[42].

Igual à *hereditatis petitio* era o *interdictum quorum bonorum* a favor do *bonorum possessor*, e tinha lugar contra aquele que possuía a herança *pro herede*, ou *pro possessore*[43], e só podia ser intentada para recuperar cousas corpóreas pertencentes à herança[44], não sendo também essencial que o *bonorum possessor* fosse o herdeiro mais próxirno. Querendo porém o *bonorum possessor* provar ser ele o herdeiro mais próximo, podia em tal caso servir-se da *hereditatis petitio ordinaria*, que se chamava então *hereditatis petitio possessoria*[45].

2. Relação dos Co-herdeiros uns para com os outros

§ 88. Entre co-herdeiros, logo que eles adiam a herança dava-se uma *communio*. As obrigações e as dívidas já pela Lei das XII Tábuas se

---

37 L. 4. 9. 10. pr.; L. 19 pr. D. de her. pet. (5, 3).
38 L. 13 § 13; L. 45. D. eod.
39 L. 13 § 2, 14; L. 25 § 2-8; L. 36 § 2 c 3. D. eod.
40 L. 10 D. si pars her. pet. (5, 4); L. 13 § 4 e 5; L. 16 § 1, 2, 5.; L. 33, 34, 35. D. de her. pet. (5, 3).
41 L. 13 § 15.; L. 19 § 3. D. de her. pet. 95, 3).
42 L. 13 § 15; L. 14, 15, 16 pr. § 1-3; L. 42. D. eod.
43 L. 1 pr. D. quor bon. (43, 2); L. 2. C. eod. (8, 2).
44 L. 2. D eod.
45 L. 1. D. de poss. her. pet. (5, 5). Consulte-se Walter, Gesch. d. roem. Rechts T. 2 § 632.
46 L. 25 § 13. D. de fam. hercisc. (10, 2); L. 6. C. fam. here. (3, 36).

dividiam entre eles[46]. Podia também um deles obrigar a fazer-se a divisão para o que dava a Lei das XII Tábuas uma ação – *actio familiae herciscundae*[47]. Entre muitos co-herdeiros pode dar-se o caso de serem eles obrigados a ajuntar, *conferre*, à herança[48] os bens que já possuíam, pelo que ficava ela tanto maior; a isto chamava-se *colação*. A mais antiga colação era a do *peculio profecticio* da parte dos *sui heredes*, quando sucediam ao *paterfamilias*. Sendo este pecúlio, ao qual por direito antigo pertencia também tudo o que o pai tivesse doado *inter vivos* a seu filho como parte dos bens paternos, deviam por essa razão os *sui* que tinham recebido um tal pecúlio dá-lo à colação, porém como estivesse[49]; os bens que lhe fossem próprios, como por exemplo, o pecúlio *castrense*, e *quasi castrense*[50], e o pecúlio *adventicio*[51], nada tinham com a colação; bem como o que lhe tivesse sido doado pelo pai *mortis causa*[52]; estando também no mesmo caso todas aquelas doações que lhe foram feitas por seu pai *inter vivos*, e que por ele não foram revogadas, as quais no tempo de Justiniano eram tomadas em consideração e convalesciam como verdadeiras doações por morte do pai[53]; e que de então em diante deixaram de ser contadas no pecúlio *profectitio*. Também aos emancipados quando, segundo o edito, sucediam na classe dos filhos, ou contra o testamento, cumpria dar à colação os bens que tivessem adquirido durante o tempo da sua emancipação[54]; no mesmo caso estava a filha que quisesse também herdar, a qual era obrigada a dar à colação o dote que tivesse recebido[55].

---

47 L. 1 pr. D. fam. here. (10, 2); Festus, v. erectum citum.

48 L. 17, 19. C. de collat. (6, 20).

49 Vatic. Frgm. § 294-296; L. 13. C. fam. hercisc. (3, 36); L. 12, 13. C. de collat. (6, 20).

50 L. 1 § 15. D. de collat. 937, 6); L. 54. D. ad Sct. Treb. (36, 1); L. 4. C. fam. herc. (3, 36).

51 L. 21. C. de collat. (6, 20).

52 L. 13. C. eod.

53 L. 18pr. C. fam hercisc. (3, 36); L. 25. C. de don. int. V. et U. (5, 16).

54 Ulp. XXVIII, 4; L. 1. pr. § 3, 5. D. de collat. (37, 6); L. 1 pr. § 13. D. de conjung. cum emanc. liber. (37, 8); L. 18, 21. C. de collat. (6, 20).

55 L. 1 pr.; L. 9. D. de dot. collat. (37, 7); L. 2, 3, 4, 7, 12, 14, 16, 17, 19. C. de collat. (6, 20).

3. Alienação da Herança

§ 89: Assim corno uma cousa qualquer que herdamos pode ser alienada, do mesmo modo pode se alienar a herança que nos coube ou uma parte dela.

A alienação da herança, *in jure cessio hereditatis*, pode ter lugar quando a herança que se vende, ou que se aliena já foi adquirida. O comprador, ou aquele para quem se transfere a herança não se torna por isso herdeiro; assim como o herdeiro não deixa de o ser a despeito da alienação. O comprador adquire entretanto o direito de exigir que o herdeiro lhe entregue todos os objetos da herança, que lhe transmita o domínio das cousas, a cessão das obrigações ativas, responsabilizando-se o herdeiro pelas passivas, *stipulationes emtae et venditae hereditatis*[56].

Quando porém a herança foi apenas deferida, porém, ainda não adquirida, muda então de figura com relação à *in jure cessio* porquanto, o comprador pode neste caso adir a herança tornando-se assim *pleno jure* herdeiro, como se porventura a herança lhe tivesse sido deferida. Esta in *jure cessio* não podia ser empreendida senão por um *legitimus heres*[57].

---

56 Gai. II, 252; L. 3 § 2-8. D. de hered. vend. (18, 4); L. 95 D. de leg. III (32); L. 50. D. de V. O. (45, 1); L. 97 D. de V. S. (50, 16).

57 Gai. II, 35-37; III, 85-87; Ulp. XIX, 13-15.

. . . .

Capítulo VI

DOS LEGADOS E FIDEICOMISSIOS

I. DOS LEGADOS

§ 90. O DIREITO ROMANO conhecia o legado que era de direito civil, e o fideicomisso, que sendo mais livre, só depois veio a ter efeito jurídico.

Falaremos primeiramente do legado do direito civil[1]. O característico do legado era ser ele constituído com palavras certas e estabelecidas, *verba civilia*, que só podiam ser em latim[2]. Haviam quatro formas, e cada uma delas com diferentes significações e diferentes efeitos.

Per vindicationem. A cousa passava *ipso jure* para o domínio quiritário do legatário, que tinha a *rei vindicatio*. Segundo os sabinianos, era entregue o legado logo que o herdeiro chegasse a adir a herança, e isto quer o legatário soubesse, quer não; segundo os proculianos, só depois de assim ter querido o legatário. No tempo do jurisconsulto Gaius foi esta última opinião aquela que prevaleceu por um rescrito de

---

1 Gai. II, 191-245; Ulp. XXIV; Paul. Sent. III, 6.

2 Gai. II, 281; Ulp. XXV, 9.

Antonino Pio[3]. Os proculianos pretendiam que por um certo espaço de tempo fosse a cousa *rei nullius*, e não pertencendo mesmo ao herdeiro. Se o legado tivesse sido deixado *sub conditione* diziam os proculianos o mesmo; porém, os sabinianos queriam que a cousa durante esse tempo pertencesse ao herdeiro[4]. Exigia-se que o testador tivesse sobre a cousa legada o domínio quiritário no momento de fazer o testamento, e no de sua morte, e se eram cousas fungíveis só no último caso[5]. Quando eram cousas alheias legadas, o legado era nulo; até que um *Sctum. Neronianum* mandou que fosse considerado como um legado *per damnationem*[6]. Era a cousa alienada depois, tornava-se nulo o legado[7]. Quando a mesma cousa fosse legada a diversos, tornavam-se todos condôminos; o legado podia ser deixado, *conjunctim* numa frase, *Titio et Seio hominem Stichum do lego*; ou *disjunctim*: *Titum fundum do lego*, *Seio eundem fundum*[8]. No caso de não adquirir um deles, dava-se o *jus accrescendi* a favor dos outros.

As palavras empregadas eram estas: *Stichum hominem do lego*[9]. Ou também: *sumito*, *capito*, *sibi habeto*.

Per damnationem. Heresmeus Stichum servum meum, damnas esto[10]. Ou então: *dato*, *dare jubeo*, *facito*[11]. Por este legado dava-se uma obrigação entre o herdeiro e o legatário para um *dare*; mancipar, ceder *in jure*[12], etc. O legatário tinha uma *in personam actio ex testamento*[13], negando o herdeiro, *in duplum*[14]. Cousas alheias e futuras podiam ser legadas

---

3 Gai. II, 195.
4 Gai. II, 200.
5 Gai. II, 196; Ulp. XXIV, 7.
6 Gai. II, 197; Ulp. XXIV, § 11 a; Vatic. Frgm. § 85.
7 Gai. II, 198; § 2. I. de legat. (2, 20).
8 Gai. II, 199; Ulp. XXIV, 12.
9 Fragm. Vatic. § 47, 57, 75.; Paul. Sent. III, 6, § 26.
10 Daí: damnas esto legatum.
11 Gai. II, 201; Ulp. XXIV, 4.
12 Paul. Sent. III, 6 § 10.
13 Gai. IV, 21.
14 Gai. II, 283.
15 Gai. II, 202, 203.

deste modo[15]. Se a diversos for uma cousa legada, sendo *conjunctim*, recebe cada um uma parte; sendo *disjunctim* recebem todos a cousa um o seu valor. Não se dava aqui um *jus accrescendi*[16]. A *lex Papia* fez algumas modificações.

Sinendi modo. Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere. Dava-se uma *actio in personam*; o herdeiro era obrigado a consentir que se levasse a cousa, mas não era obrigado à mancipação. Objeto do legado podiam ser cousas do testador, ou do herdeiro[17]. O legado de cousas alheias era revalidado pelo *Sctum Neronianum*[18]. Se o legado foi deixado a diversos, *conjunctim*, recebiam eles a cousa em comum, porém não havia o *jus accrescendi* vindo a faltar um deles; se *disjunctim*, diversas eram as opiniões a este respeito; queriam muitos que se procedesse da mesma maneira porque se procedia com o *legatum per damnationem*; isto é, para este caso faziam a aplicação de *Sctum Neronianum*, outros, porém, entendiam que tinha melhor direito, quem tivesse prevenido o outro[19].

Per Praeceptionem L. Titius hominem Stichum proecipito. Os proculianos consideravam a sílaba *prae* desnecessária, queriam que fosse como *capito*, e não uma fórmula particular, mas um legado *per vindicationem*; e neste sentido havia uma constituição de Adriano. Os sabinianos, pelo contrário, consideravam como uma fórmula particular, e por ela só se podia legar a um co-herdeiro; e segundo a palavra *praecipere*, é tanto como *praecipuum sumere*. Para um estranho, Sabinus o considerava nulo; Juliano e Pompônio *ex Scto Neroniane*, válido[20]. Valioso tornava-se ele pelo *familiae herciscunde judicium*[21]. Por esta razão é que só cousas pertencentes ao testador (*res hereditariae*) podiam ser assim legadas; as cousas alheias só podiam ter validade sendo legadas *ex Scto Neroniano*[22].

---

16 Gai. II, 205; Ulp. XXIV, 13; Vatic. Fragm. § 85, 87.
17 Gai. II, 210.
18 Gai. II, 211, 212.
19 Gai. II, 215; L. 14. D. de usu leg. (33, 2).
20 Gai. II, 217, 218.
21 Gai. II, 219.
22 Gai. II, 220.

II. DOS FIDEICOMISSOS

§ 91. No segundo período estabeleceu-se que o testador pudesse encarregar ao seu herdeiro, sem mais formalidades, de um legado, incumbindo-o de dar ou ceder alguma cousa a alguém[23], *non civilibus sed precativis verbis*[24]. A esta disposição chamou-se *fidei alicujus committere*; ao obrigado *fiduciarius*, e ao contemplado *fideicommissarius*. Este *fideicommittere*; está em cotraposição com o *directo jure relinquere*. Em princípio, não se dava um direito de ação contra o herdeiro; depois porém foi concedida uma e*xtraordinaria cognitio* em primeiro lugar no tempo de Augusto, que foi o que encarregou desta *cognitio* aos *consules*, aparecendo depois mesmo um *praetor fideicommissarius*[25].

Dava-se grande diferença entre legados e fideicomissos[26]. O fideicomisso podia ser constituído sem formalidade alguma. Verbalmente, com qualquer declaração, e também por um simples aceno[27].

Por escrito, por uma carta aos herdeiros, bilhete, codicilo aos herdeiros testametários, assim como por *testamenti confirmati* como *non confirmati* aos herdeiros *ab intestato* por codicilos *ab intestado*, etc[28].

Eles podiam ser constituídos sem formalidade alguma, exigindo-se unicamente certeza da vontade. A pessoa lembrada em princípio até mesmo podia ser incapaz de sê-lo, por isso que ela não recebia *ex testamento*. Assim pois *peregrini*, *latini juniani,* fêmeas, contra a *lex Vocania*, *incertae personae*, *posthumi alieni, caelibes*, e *orbi*. Isto foi porém modificado já no terceiro período pelo *Sctum. Pegasianum*, o qual tornou aplicável para aqui o disposto na *lex Julia et Papia*. Por um *Sctum.* do tempo de Adriano foram declarados os peregrinos como incapazes, devendo o que lhes fosse deixado ser vindicado pelo Fisco. Do mesmo modo *incertae personae* por um Scto

---

23 Gai. II, 246-267;Ulp. XXV.

24 Ulp. XXV, 1: Fideicommissum est, quod non civilibus verbis sed precative relinquitur nec ex vigore juris civilis profiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. 2: verba fidei commissorem in usu fere haec sunt: fideicommito, peto, voto dari, et similia.

25 Gai. II, 278, 279; Ulp. XXV, 12; Sueton. Claud. C. 23 § 1.

26 Gai. II, 268-289; Ulp. XXV, 1-13.

27 Ulp. XXV, 3.

28 Gai. II, 270 a. 273; Ulp. XXV, 8.

do tempo deste imperador[29]. Daí pôde Ulpiano dizer: *fideicommisso dari potest his quibus et legari potest*; com exceção dos *latini juniani*[30].

O efeito, é sempre um direito contra a pessoa gravada; não se dava porém domínio *ipso jure*[31]. *Jus omne fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit*. Até mesmo escravos podiam deixar a escravos alheios a alforria[32]. No caso de se deixarem cousas alheias, e o gravado as não podia haver, julgam alguns que nada podia fazer o fideicomissário; outros, porém, que podia ele demandar o valor[33]. Esta última opinião prevaleceu no direito justinianeu.

Os fideicomissos não estavam sujeitos à *lex Falcidia*, e só o foi por um Scto do tempo de Vespasiano[34].

III. DOS LEGADOS UNIVERSAIS

§ 92. Era possível legar-se uma quota dos bens, ou mesmo todos os bens: legados universais[35]. O legado pelo qual uma quota da herança é legada, chama-se *partitio*; a herança inteira não podia ser legada, porque então não haveria a possibilidade de um herdeiro: *Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor*, *dividito*. Aqui lega-se a metade, a parte podia ser também determinada. – Segundo a opinião dos sabinianos, recebia o legatário o valor; ou então segundo a dos proculianos a *quota* de cada cousa, como se fosse um co-herdeiro. A opinião dos sabinianos foi a mais seguida, entretanto assentou-se que de direito era dividir a herança, como fosse possível ao herdeiro; devia-se olhar para a comodidade da divisão das cousas; podendo os herdeiros fazer a divisão, sem ser de cada uma de per si. Com relação a este legado permaneceu firme o princípio, de que um legatário apenas era um sucessor singular. É por este motivo que não se transmitiam as dívidas, e o *legatarius partiarius* não podia ser desmandado pelos credores. É assim que tinham lugar entre o herdeiro e o legatário

30 Ulp. XXV.
31 Paul. sent. IV, 1, 16.
32 Gai. II. 263-283; Ulp. XXV, 18.
33 Gai. II, 262.
34 Gai. II, 254.
35 Gai. II, 247-259.

stipulatliones partis et pro parte; o herdeiro prometia dividir tudo o que fosse recebendo *pro rata*; o legatário, prometia de satisfazer o prejuízo do herdeiro *pro rata*[36].

No direito justinianeu não existia este legado, porque por ele foram todos os legados universais considerados como fideicomissos universais.

Temos também o fideicomisso universal em contraposição ao *fideicommissum singularum rerum*. Não só uma quota, como toda a herança podia ser o objeto de uma deixa. Também com relação a este fideicomisso no começo se sustentou o princípio de que o fideicomissário era apenas um sucessor singular. Pelo que tornavam-se necessárias também para aqui as estipulações para o caso de restituição. A estipulação tinha lugar como quando se desse o caso de venda da herança, *stipulationes quasi emtae et venditae hereditatis*[37].

No tempo de Nero estabeleceu-se pelo *Sctum. Trebellianum*[38], de que logo que ao fideicomissário fosse restituída a herança, segundo a vontade do testador, se considerasse como herdeiro, cabendo-lhe todas as ações para ele, e contra ele como *utiles*.

Depois apareceu o *Sctum. Pegasianum*[39], pelo qual se ordenou a dedução da *Falcidia*. Quando pois o herdeiro *ex senatusconsulto lo Pegasiano* faz a restituição, isto é, logo que a quarta parte lhe não fosse deixada livre, que não tivesse aplicação alguma o *Senatusconsultum Trebellianum*. O fideicomissário era tratado como um *legatarius partiarius*, e faziam-se estipulações *quasi partis*, *et pro parte*[40].

O resultado foi este no tempo da jurisprudência clássica: se se deixava livre uma quarta parte, seguia-se uma restituição *ex Senatusconsultum Trebelliano*; se isso não tinha acontecido então *ex senatusconsultum Pegasiano* com estipulações. O mesmo acontecia quando o herdeiro não

36 Ulp. XXV, 15.
37 Gai. II, 252.
38 Paul. IV, 2.
39 Paul. IV, 3.
40 Gai. II, 254.

queria fazer dedução alguma, tendo então lugar as *stipulationes quasi emtae, et venditae hereditatis*[41].

IV. RESTRIÇÕES LEGAIS FEITAS AOS LEGADOS

§ 93. Pela *lex Furia* ninguém podia receber mais do que um legado de 1,000 asses[42]; *exceptis quibusdam personis*; parentes até o sexto grau compreendido o de *sobrinus natus*[43]. Todo aquele que recebesse um legado maior do este deveria restituir o quádruplo[44].

Estas disposições foram revogadas pela *lex Falcidia*[45]. A possibilidade de deixar legados não deixou, porém, de ter certas restrições.

41 Gai. II, 255-257; Ulp. XXV, 14. Consulte-se mais: Gai. II, 258, 259.
42 Cic. p. Balb. 8; in Verr. I, 42; Gai. II, 225.
43 Vatic. frgm. § 301; Ulp. XXVIII, 7.
44 Gai. IV, 23, 24.
45 Gai. II, 227; Paul. sent. III, 8.

. . . .

Capítulo VII

BONA, EREPTICIA, ET VACANTIA

§

I. *BONA CADUCA*

94. COM O PROPÓSITO de abrir para o fisco um meio de se enriquecer e procurar também um prêmio para o matrimônio e para a procrição dos filhos declarou a *lex Julia et Papia Poppaea* que seria caduco, em certos casos, qualquer disposição testamentária a favor de alguém que a não adquirisse, pelo que vinha esta a caber então ao fisco; contudo não se impedia aos testadores, logo que a caducidade tinha lugar ainda em vida destes o fazerem outro testamento, pelo que se veio a dizer estarem os bens *in causa caduci*, em perigo de se tornarem caducos, visto ter o testador a possibilidade de evitar a caducidade por uma nova disposição[1]. Os casos da caducidade são os seguintes:

Sempre que um de muitos co-legatários por qualquer motivo não adquiria a sua parte no legado[2]; porém estabeleceu-se que caducasse

---

1 L. Un. § 2. 4. C. de Cad. Toll. (6, 51).
2 Gai. II, 206, 207; Ulp. XXIV, 12; L. 7. D. de legat. II (31).

o legado só depois de aberto o testamento[3]; no caso também de morrer o herdeiro ou legatário, ou de sofrer *capitis diminutio maxima*, ou *media,* antes de ter adquirido, e sempre que a sua morte física ou civil tinha lugar antes da abertura do testamento[4]. Assim também caducavam as disposições deixadas a favor daqueles, que não tivessem seguido as determinações da *lex Julia et Papia Poppaea* a respeito do matrimônio e procriação de filhos. Porém os descendentes do testador até o terceiro grau eram eximidos da lei e podiam suceder como dantes pelo que deles se dizia que tinham *jus antiquum in caducis*[5]. Os *coelibes* e corno tais eram tidos os homens de menos de sessenta anos de idade o as fêmeas de menos de cinqüenta anos que não eram casados, ou viviam em matrimônio proibido[6], eram *incapazes,* e não adquiriam que lhes fosse deixado em um testamento a menos que não tivessem casado nos cem dias depois da morte do testador[7]. Também eram incapazes as mulheres que não tivessem passado a segundas núpcias nos dous anos depois de viúva, ou dezoito meses depois de divorciada[8]. Por um *Sctum Persicianum* de a. U. 787 (34 depois de J. C.) determinou-se que aqueles que se tivessem casado depois de completados os sesenta anos sendo homens, e os cinqüenta sendo do sexo feminino não se livravam com isso da pena do celibato[9]. Porém, um *Sctum Claudianum* resolveu que o matrimônio de um homem de sessenta anos o livrasse da pena do celibato se a mulher com a qual ele casou ainda não tivesse os cinqüenta anos[10]; mas pelo *Sctum Calvisianum* do tempo de Nero a. U. 814 (61 depois de J. C.), não se concedeu o mesmo benefício à mulher que se tivesse casado com um moço, e até mesmo mandou-se que o dote dela coubesse ao fisco[11]. Os *orbi* só tinham capacidade para adquirir metade daquilo que um terceiro

---

3 Ulp. XXIV, 31.
4 Ulp. XVII, 1.
5 Ulp. XVIII.
6 Ulp. XV, 1, 2, 3.
7 Ulp. XVII, 1; XXII, 3; Gai. II, 111, 144, 286.
8 Ulp. XIV.
9 Ulp. XVI, 3; L. 27. C. de nupt. (5, 4).
10 Ulp. l. c.
11 Ulp. XVI, 4.

por disposição testamentária lhes tivesse deixado[12], tornando-se caduca a outra metade. Davam-se, porém, exceções: um aborto era considerado como um filho neste caso; o filho falecido podia ser considerado um filho maior, ou dous filhos de três anos, ou três filhos *post nominum diem*[13]. A viúva que tinha o seu parto antes de decorridos os dez meses, podia adquirir tudo o que seu marido lhe deixasse[14]. Finalmente não era *orbus*, o homem antes de vinte e cinco, ou que tivesse mais de sessenta, e a fêmea de menos de vinte, e de mais de cinqüenta[15].

A *lex Junia Norbana* acrescentou ainda um caso de incapacidade à *lex Papia Poppaea* declarando os *latini juniani* por incapazes, e caduco tudo o que lhes tivesse sido deixado em um testamento, a menos que nos cem dias depois da morte do testador não tivesse obtido a *civitas*[16].

Se bem o *caducum* pertencesse ao fisco entretanto ainda por muito tempo outros lhe eram preferidos. Se por ex., o testador tivesse nomeado seus herdeiros a parentes aos quais cabia o *jus antiquum in caducios*, a estes cabia o *caducum*[17]; no caso de não se darem tais herdeiros havendo porém, *patres*, isto é, homens que tinham filhos legítimos, recebiam estes os bens caducos e é o que se chamou *jus patrum caduca vindicare*, preferindo portanto os herdeiros, que tivessem filhos, a legatários se porventura o incapaz não tivesse um co-legatário, que fosse também pai; na falta de herdeiros com filhos entravam os legatários, de maneira que só quando não havia um pai é que sucedia o fisco[18].

O *Sctum Plaucianum* do tempo de Vespasiano, foi que ordenou que coubesse ao fisco o *fideicommissum tacitum*, o direito da *caducorum vendicatio*[19]; e Antoninus Pius só a concedia aos parentes do testador, porém não aos *patres*[20]. Depois foi a caducidade revogada. Constantino

12 Gai. II, 286.
13 Ulp. XVI, 1.
14 Ulp. l. c.
15 Ulp. l. c.
16 Gai. I, 23, 24; II, 110, 275; III, 62; Ulp. XVII, 1; XXII, 3.
17 Ulp. XVIII.
18 Gai. II, 206-208, 286; Ulp. I, 21; XXV, 17; Fragm. de jure fisci, § 3.
19 Ulp. XXV, 17; L. 59 § 1. D. ad leg. Falc. (35, 2).
20 Ulp. XVII, 2.

restituiu aos não casados, e aos *orbos* a capacidade[21]. Justiniano revogou a condição dos latinos junianos (531) e em 534 a caducidade, mandando em geral que tudo o que o herdeiro não pudesse adquirir coubesse então àquele que teria recebido, quando ele não tivesse sido o nomeado[22].

II. BONA EREPTICIA

§ 95. Casos se dão em que um herdeiro, legatário ou fideicomissário se podia tornar indigno de suceder ou de conservar a herança ou o legado no caso de já ter recebido uma, ou outra cousa. Aquilo que a pessoa indigna não podia receber, ou não podia conservar, e que se chamava *ereptorium*, seguindo-se a Hugo, e *erepticium* segundo Cujacius, e também *caducum*[23], vinha a cair ao fisco, e por exceção também a outras pessoas. Parece ter sido ainda a *lex Julia et Papia Poppaea* a que primeiro introduziu os primeiros casos em que tinha lugar a indignidade, e que os bens não adquiridos pelo indigno fossem adjudicados ao fisco[24]; em todo caso foi no tempo dos imperadores, que apareceu o maior número dos casos em que era alguém considerado indigno, e que foram aumentados até o tempo de Justiniano, e ainda continuaram a vigorar por direito justinianeu.

Entre muitos casos pelo *senatusconsultum Silanianum* era indigno o herdeiro que adisse a herança, quando se espalhasse o rumor, que o testador tinha sido assassinado por um escravo, antes de ter procedido às devidas inquirições contra o assassino[25]. Do mesmo modo ia o fisco contra o herdeiro ou legatário se um destes ocultamente e para defraudar a lei se encarregasse de entregar um fideicomisso a uma pessoa *incapaz*[26]; e pelo

21 L. 1 C. de infirm. poem. orb. (8, 58); L. un. C. Th. eod. (8, 16).

22 L. un C. de caduc. toll. (6, 51).

23 Exemplo deste último nome vem na L. 9. D. ad Sct. Silan. (29, 5): do primeiro nome: Ulp. XIX, 17. Consulte-se a L. 26. D. ad leg. Corn de fals. (48, 10); L. 49. D. de jure fisci (49, 14).; Cujacii, Obs. VI, 37.

24 Ulp. l. c.

25 Paul sent rec. III, 5 § 1, 2, 10; L. 3 § 29; L. 5 § 2. D. ad Sct Silanian. (29, 5); L. 3. C. de his quib. ut indign. (6, 35).

26 L. 103. D. de legat. I (30); L. 3 § 3, 4. D. de jure fisci (49, 14); L. 10, 18 § 1.; L. 23 D. de his quae ut indign. (34, 9).

Sctum Plaucianum nem mesmo se lhe reservava a *quarta Falcidia*[27], e por pena perdia também o direito aos bens caducos, que porventura se dessem pelo testamento sendo ele pai (*si liberos habeat*)[28]. Pela *indignidade* os bens, que se deviam adquirir eram tomados ao indigno, esta não compreendia incapacidade como acontecia em casos de caducidade[29].

III. *BONA VACANTIA*

§ 96. Consideravam-se *bona vacantia* os bens todas as vezes que não havia um herdeiro por direito civil, que adisse a herança; porém depois com a *bonorum possessio* a agnição de um *bonorum possessor* bastava para que os bens se não tornassem vacantes[30].

As *res hereditare,* para as quais não tinha aparecido herdeiro, eram adquiridas por ocupação, e *usucapio pro herede* por aquele que deles se pusesse de posse *animo domini*[31]. Pela *lex Julia et Papia Poppaea* fizeram-se modificações, e então não cabiam ao ocupante arbitrariamente os *bona vacantia*, e sim no fisco[32]. Este novo direito de sucessão do fisco foi contado no número das sucessões *per universitatem*[33].

---

27 Ulp. XXV, 17; L. L. 11. D. de his quae ut indig. (34, 9); L. 59 § 1. D. ad C. Falcid. (35, 2).

28 Ulp. XXV, 17.

29 V. Vangerow, Leitfaden f. Pandekten-Vorles. T. II, § 565.

30 Ulp. XXVIII, 7.

31 Gai. II, 19.

32 Ulp. l. c.; L. 96 § 5. D. de legat. I (30).

33 L. 20 § 7. D. II. P. (5, 3); Consulte-se v. Vangerow, Leitfaden fuer Pandekten-Vorlesungen. T. II, p. 592.

Livro IV

. . . .

Das obrigações

INTRODUÇÃO

§ 97. O laço, que prende duas pessoas de si mesmo livres, e independentes, e pelo qual uma delas se torna obrigada à outra por alguma cousa, chama-se *obligatio*[1]. Para que uma pessoa se possa dizer verdadeiramente obrigada, preciso é que contra ela se dê a possibilidade de uma coação: porquanto, se isso só depender de sua vontade, então não o está ela juridicamente. Esta coação não é física. A *obligatio* e a *actio* conseguintemente estão tão intimamente ligadas, que logo que se dê a primeira, e se não dê a segunda, juridicamente se não entende que haja um credor, e um devedor[2]. Moralmente porém falando casos se dão, em que se pode usar da expressão *obligatio*, sem contudo haver uma coação externa; assim é se porventura a consciência do devedor for a sua única coação. São estas as obrigações naturais, em contraposição às civis[3]. O essencial pois em uma obrigação é ser ela munida de uma ação, como dissemos, e poder o credor obrigar judiciariamente ao devedor a satisfazê-la; por isso dissemos que o coação

---

1 L. 3. pr. D. de oblig. (44, 7).

2 L. 41. D. de pecul. (15, 1); L. 16 § 4 D. de fidejuss. (46, 3); L. 10, 108 D. de verb. signif. (50, 16).

3 L. 1 § 1 D. de novat. (46, 2); L. 84 § 1. D. de reg. jur. (50, 17).

não era física. Quando uma ação tem lugar, o que sempre acontece logo que as obrigações são todas de direito romano, assim como com muitas que foram adotadas das *juris gentium*[4], chama-se à obrigação *obligatio civilis, vel honorariae s. Praetoria*[5]. Só com relação a estas obrigações é que tem aplicação a diferença que se faz de *obligationes stricti juris*, e *bona fidei*[6]. As obrigações naturais, por direito antigo, não podiam ser demandadas em juízo; mas com o desenvolvimento da jurisprudência essas obrigações, às quais faltava sanção, vieram a obter depois uma garantia: o que teve lugar primeiramente para aquelas *obligationes juris gentium*, para as quais ainda se não tinha dado uma ação e às quais se concedeu força obrigatória[7]. Daqui apareceu o contraste entre *obligationes juris gentium*, *quae pariunt actionem*, e *quae pariunt exceptionem tantum*[8]; e são estas últimas as que se podem chamar propriamente *obligationes naturales*, não só porque talvez fossem elas, que dessem motivo a esta denominação, como porque estão logo depois daquelas obrigações, que têm uma ação para sua garantia: e isto tinha lugar quando era contraído um *pactum nudum*[9], quando entre pessoas que se achavam sujeitas ao pátrio poder existia uma obrigação[10], e em outros muitos casos[11]. Em suma, foi-se ainda mais longe, e compreenderam-se as obrigações rnorais em um dar ou fazer, nas *obligationes naturales*[12].

---

4 L. 7 pr. § 1. D. de pact. (2, 14); Gai. III, 132.

5 § 1. J. de obl. (3, 13); § 1. J. de act. (4, 60) L. 42 § 1. D. de O. et A. (44, 7); L. 1 § 1 D. de novat. (46, 2); L. 8 § 4; L. 11 § 1. D. de acceptil. (46, 8); L. 10 D. de V. S. (50, 16).

6 L. 1. 7. D. de eo quod. certo loco (13, 4); L. 38 pr. D. pro socio (17, 2); § 28-30 J. de act. (4, 6); Gai. IV, 160.

7 L. 84 § 1. D. de R. J. (50, 17).

8 L. 7 pr. § 1 D. de pact. (2, 14); L. 5 § 2. D. de solut. (46, 3).

9 L. 7. pr. § 4. D. de pact. (2, 14); L. 5 § 2 D. de solut. (46, 3); L. 84 § 1 D. de R. J. (50, 17).

10 L. 38 D. de cond. indeb. (12, 6).

11 L. 13 pr. D. eod. ; L. 14 D. de O. et A. (44, 7); L. 21 § 2. D. de fidejuss. (46, 1); L. 50 § 2 D. de pecul. (15, 1); L. 5 pr. D. de auct. tut. (26, 8); L. 21 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2); L. 64 pr. D. ad. Sct. Treb. (36, 1); L. 25 § 1. D. quando dies (36, 2).

12 L. 25 § 11 D. de hered. pet. (5, 3); L. 65 § 2; L. 32 § 2; L. 26 § 12 D. de cond. ind. (12, 6); L. 4 D. ubi pupill. (27, 2); L. 1 § 2 D. de tut. act. (27, 3); L. 12 § 3; L. 13 § 2 D. de adm. tut. (26, 7); L. 20 D. solut. matr. (24, 3); L. 73 § 1. D. de jure dot. (23, 3); L. 5 § 14 D. de agn. et al. lib. (25, 3).

O objeto de uma *obligatio* consiste em *dare*, *facere*, *proestare*[13]. *Dare* aqui não significa simplesmente entregar alguma cousa, mas transferir o domínio quiritário que sobre ela se tinha para o que recebe[14]. *Facere* abrange todas as outras obrigações, exceto uma classe. Pertencem para aqui todas as obrigações de tradição, instituição, ou exibição de uma cousa; em geral tudo o que não for um *dare* no sentido já exposto, e que consiste em fazer, ou deixar de fazer, por exemplo, *operas*, *insulam aedificari*, *pecuniam te mihi crediturum*, etc. *Praestare* é tudo o que não for *dare*, ou *facere*, e designa pena ou indenização, que pode ser pedida por direito civil. O principal objeto da obrigação é ser ela cumprida de maneira, que obrigue a que se dê, ou faça (*dare*, *facere*). Diferenciam também os romanos nas obrigações o *certum* quando era determinada a cousa, objeto da obrigação; e o *incertum*, quando isto se não dava[15]. Neste último compreende-se, além de outras, as *res incorporales*[16], e a obrigação *ad faciendum*, ou *ad praestandum aliquid*[17].

Às obrigações tiram sua origem *vel ex contractu*, *vel ex delicto*, *vel proprio quodam jure ex variis causarum figuris*[18]. O direito de ação nos negócios comuns da vida civil tira a sua origem, sem dúvida alguma, de costumes antiquíssimos, e só podemos crer que alguma cousa foi determinada pelas leis positivas com relação aos contratos formais, e aos delitos. Para as ações das obrigações empregavam-se as formalidades do processo, servindo para isso a *legis actio sacramento*, ou *per judicis postulationem*[19]. Cedo, porém instituiu-se para as ações que tinham por objeto um *dare*, um processo particular, a que se chamou por uma *denuntiatio*, que nele aparecia *legis actio per condictionem*[20]. Esta foi introduzida em primeiro lugar

---

13 L. 18 § 1. D. de acceptil. (46, 4); Gai. IV, 60, 131, 136; § 1. J. de act. (4, 6); Gai. IV, 2.

14 Gai. II, 204; IV, 4; L. 75 § 10 D. de verb. obl. (45, 1).

15 L. 6 D. de reb. cred. (12, 1); L. 74 § 1 ; L. 75 pr. D. de verb. obl. (45, 1).

16 L. 75 § 3. D. de verb. obl. (45, 1).

17 L. 68, 75 § 7 D. verb. obl. (45, 1).

18 Gai. III, 88; L. 1, 4, 5 D. de obl. et act. (44, 7); § 2 J. de obl. (3, 13).

19 Gai. IV, 13, 20.

20 Gai. Iv, 12, 18; Festus v. condictio.

por uma *lex Silia* para as ações, que tinham por objeto uma *certa pecunia*, e depois pela *lex Calpurnia* às ações pelo *dare* de qualquer *certa res*[21]. Para aquelas ações cujo objeto era um f*acere* permaneceu a *legis actio sacramento*, e *per judicis postulationem* ainda por muito tempo em uso. Depois das *legis actiones* apareceu o processo formular. O pretor marcou para aquelas obrigações, que já geralmente eram reconhecidas como tais as fórmulas da ação[22]; e do mesmo modo para aqueles negócios, que ainda não tinham ocorrido na vida civil, e que, entretanto, se reconhecia deverem ter direito a uma ação. A ação chamava-se neste caso *actio utilis*, ou *fictitia* em contraposição à *actio directa*, ou *vulgaris*[23]. Para outros casos indicou o pretor fatos determinados, para os quais daria ele uma ação de cada vez: foi assim, que tiveram origem as *actiones in factum* do direito pretório[24]. As outras fórmulas em um *dare*, e *dare facere opportere*, tinham um nome comum – *condictiones*[25]. Este nome derivou-se da *legis actio per condictionem*, ele, porém, não é correto; por isso que uma *condictio*, isto é, uma *denuntiatio*, não tem lugar nestas fórmulas[26]; porém a nova *condictio* compreendia os mesmos casos da antiga, e mais uma classe de casos, isto é, as ações em um *incertum* (com *dare*, *facere*), enquanto que a antiga somente era por um *certum* (*certa pecunia*, ou *alia certa res*). A obrigação civil quando possível de ser provada podia ser demandada com uma *condictio*, e isto quer ela tirasse sua origem de um contrato, de um delito, ou de qualquer outra causa[27]. Assim pois, qualquer obrigação de direito civil para pagamento de uma quantia podia ser intentada em juízo com uma *condictio*, por se tratar sempre de um *dare*[28]. É verdade que mais comumente se lançava mão da ação própria das obrigações *ex contractu*, ou *ex delicto*. O *dare* propriamente dito exige um *certum*, uma *certa res corparalis*, a jurisprudência porém

21 Gai. IV, 19, 20.
22 Gai. IV, 11, 33, 46, 47.
23 Gai. IV, 37, 38; L. 11, 21 D. praesc. verb. (19, 5).
24 L. 25 § 1 D. de oblig. et act. (44, 7); Gai. IV, 46; § 8-12. J. de act. (4, 6).
25 Gai. IV, 5.
26 Gai. IV, 18.
27 L. 9. pr. § 1. 2. 3. D. si certum pet. (12, 1); L. 28 § 4 D. jurejur. (12, 2).
28 L. 11 § 2. D. de act. emti (19, 2).

fez aplicação também da *condictio* para certas espécies de *incertum*, isto é, como uma ação para o dar, ou para restituição ideal de uma *res incorporalis*; era assim que tinha lugar uma *condictio incerti* para que se consentisse, ou para que se estabelecesse uma servidão[29]. Não tinha porém lugar intentar-se o processo com uma *condictio incerti* sobre um *incertum*, que consistia em um *facere*[30]. A ação por um *dare* exigia, que o A. ainda não estivesse senhor do objeto. Uma cousa própria por conseguinte não podia ser demandada com uma *condictio*; dava-se entretanto uma exceção para as cousas roubadas[31], e a jurisprudência a ampliou a todos os casos, quando alguém demandava cousa sua, que outro possuía por um delito, ou motivo igual[32]. Quanto às outras ações de direito civil nas quais o que pedia o A. era outra cousa, que não um *dare*, davam-se dous casos, num em que se pedia uma cousa certa, noutro uma cousa incerta; daí vem a diferença, que se fez em *fórmula certa*, e *fórmula incerta*[33].

---

29 L. 35 pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2); L. 22 § 1. D. de cond. indeb. (12, 6); L. 8 pr. D. de act. emti (19, 1); L. 75 § 3 D. de verb obl. (45, 1).

30 Pr. I. de verb. obl. (3, 15); L. 24 D. de reb. cred. (12, 1); L. 4 pr. D. de usur. (22, 1).

31 Gai. IV, 5; L. 25 pr. D de oblig. (44, 7).

32 L. 1 § 1. L. 2 D. de cond. trit. (13, 3); L. 25, 26 D. de rer. amot. (25, 2); L. 2 § 26 D. de vi bon. rapt. (47, 8); L. 54 pr. § 1. D. de furt. (47, 2).

33 Gai. IV, 54, 131, 136.

. . . .

Capítulo I

DAS OBRIGAÇÕES EX-CONTRACTU

§ I. DOS CONTRATOS DOS ROMANOS EM GERAL

98. Temos a tratar aqui daquelas convenções, que entre duas pessoas estabelece num obrigação. Não é toda e qualquer convenção uma pela qual alguém se obriga para com outrem, nem toda e qualquer promessa, que se faça, um contrato por direito romano. Ainda mesmo antes de se dar a existência de uma jurisprudência já muitas convenções eram consideradas pelo direito costumeiro como tendo uma ação; e depois pelos editos foram providas com fórmulas particulares, tais eram: a *emptio*, *venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas*, *fiducia*, *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*. Estas espécies de convenções eram chamadas particularmente contratos[1]. Havia também a *Stipulatio*, por via da qual podia alguém obrigar-se por qualquer cousa a outrem. O seu característico consistia no lado unilateral do cumprimento obrigatório por ela estabelecido[2]. No

---

1 Cic. de off. III, 17; L. 1 § 4; L. 7 pr. § 1. D. de pact. (2, 14); L. 1 pr.; L. 2. 3. D. de praescr. verb. (19, 5).

2 Gai. III, 137.

contrato literal era preciso uma espécie de escritura pela qual uma pessoa se obrigasse a outra por um certo pagamento. Os quatro contratos: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum* são de tal natureza, que ficava o negócio concluído logo, que os contraentes estivessem de acordo; tirando assim a obrigação sua origem do simples consentimento[3]. Quanto porém ao *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, e *fuducia*, preciso é que a cousa tenha sido transmitida para que principie o negócio.

Os contratos do antigo direito civil eram de quatro espécies: *contractus verbis*, *litteris*, *re*, *et consensu*[4]; as duas espécies últimas podem ser consideradas como exceções das duas primeiras. Segundo os princípios do antigo direito civil, para que os contratos obrigatórios tenham uma ação era preciso, que se servissem de certas fórmulas, uma vocal, o *contractus verbis*, do qual nascia a *verborum obligatio*; e a outra por escrito, *contractus litteris* donde provinha a *litterarum obligatio*. Desta regra porém excetuam-se oito contratos, que se dividem em duas classes: os *re contractus* (contratos reais) dos quais já falamos, e são o *mutuum*: empréstimo de cousas fungíveis, e que não *in specie*, mas que em igual qualidade, e quantidade, deve ser restituído, a que também se chama *res creditae*[5]. O *commodatum*: e é quando uma cousa especial é dada para o uso de outrem, porém de maneira que essa mesma cousa, e não outra, embora igual, deve ser restituída[6], e se chama ao que empresta *commodans s. commodator*, e ao que recebe, *commodatarius*. *Depositum s. commendatum;* e é quando se dão cousas móveis a outrem para guardá-las, e são aceitas[7]: e ao que dá, chama-se *deponens s. depositor*, e ao que recebe *depositarius*[8]; se bem esta última expressão seja algumas vezes também empregada para denotar aquele[9]. *Pignus*, *contractus pignoratitius*;

---

3 Gai. III, 135, 136.

4 Gai. III, 89; § 2 I. de oblig. (3, 13); L. 1. D. de O. et A. (44, 7).

5 Gai.III, 90; pr. J. quib. mod. re (3, 14); L. 2, 3 D. de reb. cred. (12, 1); L. 1 § 2 D. de O. et A. (44, 7).

6 § 2 J. quib. mod. re (3, 14); L. 5 § 12 D. commod. (13, 6); L. 1 § 3. D. de O. et A. (44, 7).

7 § 3. J. quib. mod. re (3, 14); L. 1 pr.; L. 24 D. depos. (16, 3).

8 L. 1 § 37 D. eod.; L. net. C. eod. (4, 34); L. 19 C. de usur. (4, 32).

9 L. 7 § 2, 3 D. depos. (16, 3); L. 24 § 2 D. de bon. auct. jud. poss. (42, 5).

e tem lugar quando se dá um penhor, *pignus*[10], quer seja a cousa uma *res mobilis*, quer *immobilis*. Ora como por estes contratos recebe a pessoa cousas, que tem responsabilidade de restituir é preciso, que ele de fato as tenha recebido: *re ipsa contrahitur obligatio*[11]. Os *consensu contractus* (contratos consensuais) que são: *emptio venditio*; contrato bilateral pelo qual um contraente, o vendedor, *venditor*, transfere o domínio, ou outro qualquer direito alienável para o comprador, *emptor*, que promete dar por isso uma certa quantia de dinheiro como preço, *pretium*. Na Lei das XII Tábuas usava-se da *emptio venditio* para qualquer alienação[12]; e os proculianos o sabinianos disputavam ainda se a *permutatio*, troca, devia ser considerada na e*mptio venditio*[13]. *Locatio conductio*: neste contrato um dos contraentes, o *locator*, ou cede o uso de uma cousa, ou esta então serve, e o outro, *conductor*, promete pagar uma quantia absoluta ou relativa como *merces*[14]: propriamente são dous contratos e seus objetos mui diferentes: *locatio conductio rerum*[15]: *locatio conductio operarum*[16]. *Mandatum*: contrato este pelo qual uma pessoa toma a seu cargo curar de certos negócios de que outro o incumbiu, e para o que deu-lhe poderes[17]. O último chama-se *maundans s. mandator*, aquele *matndatarius s. procurator,* também chamado *cognitor*, quando o mandante comparece com ele em juízo e aí verbalmente declara seu procurador[18]. *Societas*: contrato pelo qual todos os sócios, cujo número é ilimitado, estão uns para com os

10 § 4. J. quib. mod. re (3, 14); L. 6, 39, 43 pr. D. de pign. act. (14, 7).

11 Gai. III, 132; IV, 116; § 2. J. de except. (4, 13); L. 2 § 2; L. 11 § 1. D. de reb. cred. (12, 1); L. 1, 2, 9. C. de non num. pec. (4, 30).

12 L. 29 § 1. D de stat. lib. (40, 7); Festus v. censui censendo, e Vendicationes.

13 L. 1 § 1 D. de contr. empt. (18, 1); Gai. III, § 141; § 2 J. de locat. cond. (3, 24).

14 Gai. III, 142-144; pr. § 1. 2. J. de locat, cond. (3, 24); L. 2. pr.; L. 25 pr. D. locati (19, 2).

15 L. 3. 54 § 2. D. eod; Gai. III, 146.

16 L. 1 pr. D. si mensor. (11, 6); L. 38 § 1 D. locati (19, 2); L. 5 § 2 D. praesa. verb. (19, 5); L. 1. pr. § 5, 7. D. de extraord. cogn. (50, 13).

17 § un. J. de obl. quae ex cons. (3, 22); L. 1 pr. § 1. 2; L. 6 § 2; L. 18. D. mandati (17, 1); L. 60 D. de R. J. (50, 17); L. C. C. mandati (4, 35); pr. § 1-6 J. eod. (3, 26).

18 Gai Iv, 83, 84; Vatic. Frgm. § 313-319; Festus v. cognitor; L. 1 pr. D. de procurat. (3, 3).

outros como credores, e devedores, tendo todos a mesma ação, *actio pro socio*, que pode ser intentada por um dos sócios contra outro[19].

Todas as outras convenções obrigatórias, que não eram contratos ficaram com o nome geral de *pacta*. Estes em regra não davam origem a uma ação, a menos que por lei lhe não fosse isso concedido[20]. Nos *pactos* que não tinham um direito de ação estavam compreendidos todos aqueles negócios pelos quais uma pessoa se obrigara a outra sem que esta por isso tivesse prestado ou tivesse de prestar alguma cousa. Estes, portanto, quer fossem juridicamente obrigatórios, deveriam ser vestidos com uma *stipulatio*[21]. Alguns deles porém mesmo sem a *stipulatio* obtiveram um direito de ação; como por direito pretório, o pacto hipotecário[22], e o *constitutum* de dívida própria, ou alheia[23], e por direito moderno, também a promessa de um dote, ou doação. Todos os *pactos* introduzidos pelo Pretor, e baseados simplesmente em uma promessa tinham a ação pretória, a *actio in facto,* ou *prescriptis verbis,* segundo a sua origem, a qual como pertença a um tempo mui remoto, não sofreu modificação de maior. Só algumas ações como tais tinham um nome particular.

Nesta classe pertencem do mesmo modo os *contractos innominados* dos modernos, os quais em parte por analogia com o *contractus re*[24], e em parte com o *contractus consensu* eram assim chamados, e realizados pela *actio in factum*, ou *prescriptis verbis*[25]. O jurisconsultos romanos por interpretação deram uma ação para muitos casos em geral, e também aos contratos *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.[26] Por interpretação também dos jurisconsultos concedeu-se uma ação para os *pacta adjecta.* Finalmente, no tempo dos imperadores, por autoridade imperial

19 L. 31, 32 D. pro socio (17, 2).
20 L. L. 6, 7, § 4, 5 D. de pact. (2, 14).
21 L. 11 D. relig. (11, 7); L. 14, 21, 27, 28. C. de pact. (2, 3).
22 L. 1 pr. D. de pign act. (13, 7); L. 4 D. de pignor. (20, 8); L. 17 § 2 D. de pact. (2, 14).
23 L. 1 D. de pecun. const. (13, 5); § 8, 9 J. de action. (4, 6).
24 L. 1 § 2. D. de rer. perm.
25 L. 3 D. eod.; L. 7 § 2 e 3 § 7 e seg. de pact. (2, 14).
26 L. 5 pr. § 1 seg. de praescript. verb.

recebeu direito de ação o *pactum de donando*[27]. Porém do tempo dos imperadores especialmente se mencionam os contratos modernos, *contractus emphyteuticarius*, e suffragii[28].

II. DA *STIPULATIO*

A – *Princípios Gerais*

§ 99. A *stipulatio* teve origem nos primeiros tempos[29]. É um negócio solene com perguntas e respostas, e pelo qual uma pessoa se obriga para com outra condicionalmente, ou sem condição[30]. *Dare centum spondes*? *spondeo*. *Dabis*? *dabo*. *Promittis*? *promitto*. O essencial de uma estipulação não estava em certas e determinadas palavras, e daí vem poder-se estipular até mesmo em diferentes línguas, mas na concordância material das perguntas e respostas, devendo o ato ser empreendido por pessoas que estivessem presentes.

Pelo antigo direito muito importava saber, que verbo era empregado na estipulação. Assim por exemplo a expressão *dare spondes* só podia ser empregada entre cidadãos romanos, enquanto que as outras estipulações eram permitidas também aos peregrinos[31]. Leo I ordenou, tivesse a estipulação validade ainda mesmo quando se não tivesse estipulado *solemnibus et directis verbis*[32].

Inutilis era estipulação, não só quando feita por surdos, mudos, ausentes, etc.[33], como por falta de concordância nas palavras e respostas[34].

---

27 L. 35. C. de donat. et de dotando; L. 6. C. de dot. promiss.

28 Cod. IV, 66.

29 Quanto à derivação da palavra stipulatio: Varro de ling. lat. Ed. Muller V, 182. «Hoc ipsum slipendium ab atipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librales pondo erant, qui acceperant majorem numerum non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est componebant, quo minus loci accuparet; ab stipendo stipem dicere coeperant. Stipes ab στοιβή fortasse Graeco verbo. Id apparet, quod ut tum institutum, etiam nunc diis cum thesauris asses dant, stipem dicunt et qui pecunian alligat, stipulari et restipulari». Festus v. Stipem Isidor. orig. V, 24.

30 Gai. III, 92-127.

31 Gai. III, 93, 94.

32 L. 10. C. de contr. Stip. (8, 38).

33 Gai. III, 105.

34 Gai. III, 102.

Assim devia a estipulação ser feita com todos os requisitos, e se não devia estipular cousas impossíveis[35]. Furiosos e escravos não podiam estipular[36], só o podiam fazer, estes últimos, para seus senhores[37]. O *infans*[38], o *impubes*, a mulher não se podiam obrigar sem a *auctoritas tutoris*[39]. A obrigação não podia ser prometida a bem de um terceiro[40]. Entretanto para que um terceiro adquirisse direito ao cumprimento da obrigação prometida chamava-se a pessoa que pela estipulação se tinha feito prometer o mesmo que o seu mandatário lhe fizera prometer para si, *adistipulator*, mas não que ela para si adquirisse cousa alguma, pois que devia entregar ao mandatário, ou a seus herdeiros.

B – *Daqueles negócios que costumam ser feitos sob forma de uma stipulatio*

I. DAS DOAÇÕES

§ 100. Doação, *donatio*, s. *munus* é aquele voluntário e espontâneo enriquecimento de um terceiro à custa da diminuição por nós feita em os nossos próprios bens, e por direito romano haviam muitos fundamentos de nulidade nas doações, atendendo-se a serem elas atos de liberalidade, e que muitas vezes podiam ter sua origem não por uma vontade nobre de fazer bem, mas da fraqueza, vaidade, precipitação, ou prodigalidade.

A restrição mais antiga feita às doações, era sem dúvida alguma a nulidade das doações feitas entre marido e mulher. Talvez depois se seguisse a regra estabelecida no edito sobre a *actio Pauliana* de que bastava, quanto às doações feitas por um devedor insolvente em prejuízo de seu credor, simplesmente a lesão do credor para que facilmente fosse nula[41].

---

35 Gai. III, 97-109.
36 Gai. III, 106.
37 § 1. 2. I. de stip. serv. (3, 17).
38 Gai. III, 109.
39 Gai. III. 107, 108; § 9 I. de inut. stip. (3, 19).
40 Gai. III, 103; § 8 I. de inut. stip. (3, 19).
41 L. 6 § 11; L. 17 § 1; L. 25 pr. D. quae in fraud. cred. (42, 8) L. 5. eod. (7, 75).

As restrições porém mais importanles foram as da *lex Cincia*, a.U. 550[42]. Esta lei proibiu aos credores, que como advogados se apresentavam por outros, receberem por isso doação alguma,[43] e marcava provavelmente a pena do *crimen repetundarum*[44], a qual porém foi substituída por Augusto pelo quádruplo da quantia recebida[45]. Entendia-se também por uma doação a paga, que se fazia aos advogados pelo seu trabalho; entretanto um *Senatusconsulto* do tempo de Cláudio permitia aos advogados exigir um honorário até a quantia de 10,000 sestércios: incorriam porém na pena do *crimen repetundarum* caso de exceder esta soma[46]. Posteriormente parece ter esta proibição da *lex Cincia* caído em desuso, porque não se acha mais na jurisprudência romana outra restrição feita à liberdade da parte contra o seu advogado, senão considerar-se nulo o prometer-se ao advogado antes de acabado o processo uma recompensa no caso de se ganhar, *palmarium*[47], ou uma parte no ganho, *quota litis*[48]. A principal restrição feita pela *lex Cincia* foi, que a promessa de fazer uma doação só por si não a tornava obrigatória, e que só valeriam as doações, quando já feitas; mas logo que excedessem à quantia marcada era nula[49]. No primeiro caso para que uma cousa fosse doada era preciso que fosse infalivelmente transferida a sua posse. Se era uma *res mancipi* exigia-se uma *mancipatio* ou *in jure cessio*[50]; porém não bastavam aqui estas fórmulas sem uma verdadeira *traditio*[51].

Sobre o máximo das doações marcado pela *lex Cincia*, faltamnos completamente todas as informações, tendo assim só 1ugar hipóteses vagas. De que foi provavelmente marcado por esta lei 20,000 sestércios

---

42 Cic. in Cat. maj. C. 4; de Orat. II, 71.
43 Cic. in Cat. maj. c. 4; de Orat. II, 71.
44 Tacit. Ann. XI, 6, 7.
45 Dio Cass. I, IV, 18.
46 Tacit. Ann. XI, 7.
47 L. 1 § 12 D. de extraord. cogn. (50, 13).
48 L. 5. C. de postul. (2, 6); L. 3. C. Th. eod. (2, 10).
49 Ulp. I, 1; Paul. sent.. rec. V, 11, § 6; L. 9 § 1; L. 11, 21 § 1; L. 23 pr.; L. 24, 34 § 1 D. de donat. (39, 5); Vatic. Frgm. § 266, 304, 306.
50 Vatic. Frgm. § 293, 313.
51 Vatic. Frgm. § 293, 310, 311.

decidiu Liebe com razões bem fundadas. Liebe faz diferença entre *munera solemnia*, e *donationes* propriamente ditas. As primeiras são segundo ele presentes pequenos feitos em certas ocasiões[52]; *donationes* porém são dádivas grandes, nas quais se tem em vista o interesse pecuniário[53]. Diz ele ser o fim da *lex Cincia* evitar, que os presentes, a que uma parte dos cidadãos era obrigada a fazer pelos costumes, se convertessem em verdadeiras *donationes*. Assim, logo que a dádiva fosse um *immodicus munus* deveria valer como doação, *donatio*[54].

Havia certas pessoas, *personae legis Cinciae excepto*, que eram isentas por esta lei; e não tinha lugar contra elas a revocação da doação pelo excesso da quantia[55]; sem vigor ficava também a *exceptio legis Cinciae* contra a promessa, *promissio*, de uma doação por via de estipulação formal[56]; e para serem perfeitas as doações não estipuladas bastava simples mancipação de uma *res mancipi*, sem que tivesse lugar a *traditio*, ou vice-versa, a *traditio* sem a mancipação[57]; e quando a doação era feita por uma mulher não se exigia a *auctoritas tutoris* para que ela fosse perfeita[58]. No número destas pessoas estavam os parentes até o sexto grau, o *sobrinus* e a *sobrina*, e todos aqueles que se achavam sob o poder destas pessoas; os afins até o segundo grau, marido e mulher, o noivo e a noiva, o tutor com relação ao pupilo, os libertos com relação aos patronos, e finalmente com respeito a um dote todos os cognados entre si sem consideração alguma com os graus[59].

No tempo dos imperadores tornou-se costume[60], que o ato da doação fosse notificado pelo magistrado no registro público[61]; e foi isto

---

52 L. 12 § 3 D. de adm. tut. (XXVI, 7), Solemmia munera parentibus cognatisque mittet.

53 L. 194 D. de verb. sign. (50, 16).

54 L. 31 § 3 D. de donat. int. vir. et uxor. (26, 1) «Si vir uxori múnus immodicum Kalendis martiis aut natali die dedisset, donatio est.»

55 Ulp. I, 1.; Vatic. Frgm § 249, 304, 306.

56 Vatic. Frgm. § 263, 310, 311.

57 Vatic. Frgm. § 263, 310; L. 4 C. Th de donat. (8, 12).

58 Vatic. Frgm. § 259, 264.

59 Vatic. Frgm. § 298-309.

60 Vatic. Frgm § 266, 268.

61 L. 1 C. Th. de sponsal. (3, 5).

conservado pelos imperadores que se seguiram[62], mesmo entre aquelas pessoas, que do tempo de Antoninus estavam isentas da mancipação, ou *traditio*[63]. Em 428 porém a *donatio ante nuptias*, que não chegavam a 200 *solidi* estava isenta desta formalidade[64]. Numa ordenança do ano 316 além da *insinuação*, prescreveu Constantino mais duas formalidades: que se passasse um documento da doação perante testemunhas; e que a *traditio* tivesse lugar também perante testemunhas[65]. Isto que não era marcado por lei não passava porém de um conselho. A *traditio* entretanto[66], ou quando eram *res mancipi*, a *mancipatio*[67], permaneceram sempre como essenciais.

Justiniano ordenou, que a insinuação das doações fosse considerada como essencial; porém ficavam isentas desta formalidade aquelas doações que não excedessem de 300 *solidi* e depois até mesmo 500[68].

II. DA FIANÇA

101. Por fiança, *satisdatio*, entende-se o prometer alguém por uma *stipulatio*, responsabilizar-se por uma dívida estranha[69]. Os romanos tinham para essa estipulação três fórmulas diferentes, pelas quais diferençavam-se os fiadores em *sponsores*, *fidepromissores* e *fidejussores*[70]. Os dous primeiros diferençavam-se dos segundos nisto: que eles só se podiam responsabilizar por uma obrigação verbal, e estes por todas e quaisquer obrigações até mesmo por uma obrigação natural[71]. O devedor que quisesse dar fiadores devia fazer público o seu número, e porquanto eles se responsabilizavam[72]; e uma *lex Cornelia* introduziu para todas estas três classes

62 L. 1. 3. 5. 6. 8 § 1. C. Th. de donat. (8, 12); L. 30, 32. C. de donat. (8, 54).
63 L. 5. C. Th de donat. (8, 12).
64 L. 8. C. Th. de sponsal. (3, 5).
65 Vatic. Frgm. § 249; L. 1. C. Th. de donat. (8, 12).
66 L. 8. C. Th. de donat. (8, 12).
67 L. 7. C. Th. de donat. (8, 12).
68 L. 34 pr.; L. 36 § 3. C. de donat. (8, 54); § 2. I. de donat (2, 7).
69 L. 1 § 8 D. de O et. A. (44, 7).
70 Gai. III, 115, 116.
71 Gai. III, 118, 119.
72 Gai. III, 123.

que nenhum deles se pudesse responsabilizar pelo mesmo devedor, para com o mesmo credor, no mesmo ano, e por mais de 20,000 sestércios[73].

Pelo antigo direito, estava ao livre-arbítrio do credor demandar o devedor, ou o fiador; se porém escolhia este último ficava aquele livre[74]; e depois foi modificado, não só o primeiro[75], como este segundo princípio[76]. Se o fiador foi obrigado a pagar, podia exigir depois com a *actio mandati* indenização do devedor: os *sponsores* tinham também neste caso além disso, pela *lex Publilia*, a *actio depensi*, que tinha quase todas as vantagens da *actio judicati*[77]. Se havia muitos fiadores por uma dívida podia um deles ser demandado e ir depois haver indenização do devedor; isto também foi modificado: primeiramente por uma *lex Apulya* publicada também para as províncias (e do sexto século de Roma) a qual determinava, que logo que, um dos *sponsores*, ou *fide-promissores* tivesse pago toda a dívida, pudesse exigir de outros uma indenização proporcional[78]. Depois publicou-se uma *lex Furia*, e por ela o *sponsor*, ou *fidepromissor* só tinha a entrar com uma parte proporcionada ao número dos outros fiadores, que ainda vivessem, e aquele *sponsor*, que tivesse pago mais podia exigir restituição do próprio credor[79]. Um rescrito de Adriano *epistola divi Hadriani* estendeu esta determinação também aos *fidejussores*, porém no caso de poderem todos pagar[80]. Finalmente vigorava também mais esta diferença que com relação aos *sponsores* e *fidepromissores* a obrigação não passava para os herdeiros; e mesmo na pessoa do fiador segundo a *la Furia* na Itália só durava ela dous anos: quanto, porém aos *fidejussores* era isso diferente. Todas estas diferenças acabaram com o direito justinianeu, e nele só é questão dos *fidejussores*[81].

---

73 Gai. III, 124, 125.
74 Paul. sent.rec. II, 17 § 16; Gai. II, 180, 181.
75 L. 4. C. quando fisc. (4, 15); Nov. 4 c. 1.
76 L. 28. C. de fidejuss. (8, 41).
77 Gai. III, 127; IV 9, 22, 102, 171, 186.
78 Gai. III, 122.
79 Gai. III, 121; IV 22.
80 Gai I.c.
81 Tit. I. de fidejuss. (3, 20).

Pela fragilidade *sexus muliebris* deve-se supor, que intercedendo as mulheres muitas vezes por seus maridos, e com leviandade Augusto fora levado a probibir-lhes dar fiança por estes[82]; e pelo *senatusconsultum Velleianum* do tempo de Cláudio não podiam elas dar fiança por qualquer pessoa que fosse[83] com pequenas exceções.

III. *LITTERARUM OBLIGATIO*

§ 402. No tempo da república todo o cidadão arranjado e econômico fazia a sua escrituração com a maior ordem e clareza possível, servindo-se de tantos livros quantos eram precisos aos seus negócios. São destes assentos, que fazia todo bom pai de família, donde tira sua origem a obrigação literal[84]. Havia dous livros, o simples diário, *adversaria*, e o livro de receita e despesa, *rationes domestica* ou *codices accepti*, *et expensi*. Neste último escrevia-se cada mês, tirado do primeiro, as entradas, e saídas; e assim o que se devia acreditar ao dono do livro escrevia-se como despendido com o outro, *expensum*, e o que devia ser acreditado ao outro, debitava-se ao dono do livro, *acceptum*. As expressões técnicas são: *expensum ferre*, ou *expensilatio*, e *acceptum ferre* ou *acceptilatio*. Talvez fossem esses artigos – ou entradas – o que se chamasse *nomina*; expressão esta, que depois se estendeu a todas as obrigações.

Se pois a escrituração foi feita de maneira, que a outro notamos como dívida ativa, aquilo que ele por qualquer negócio nos estava devendo, ou que tínhamos a haver de um terceiro, por este *nomen transcriptitium* desaparecia a antiga dívida, que era substituída pela obrigação literal[85]. Isto porém exigia, que ambos estivessem de acordo; e quando porventura fosse negada, recorria-se então neste caso à estipulação, e principalmente às provas, como em qualquer contrato: este era o motivo por que ordinariamente se procedia a este acordo perante testemunhas.

---

82 L. 2 pr. D. ad Sct. Velleian. (16, 1).
83 L. 1 § 1.; L. 2 § 1. D. ad Sct. Velleian. (16, 1).
84 Cic. pro Rosc. Com. 2. 3.; pro Cluent. 30; in Verr. 1, 23, 36.
85 Gai. III, 128, 129, 130, 133, 137.

Parece que ainda no tempo de Gaius esteve em uso esta forma de contrato; porém não mais no quarto e quinto séculos[87]. Finalmente a escrituração dos livros de contas não se referia mais a uma dívida transcrita e sim a um empréstimo feito a dinheiro: e a isto chamou-se *arcarium nomen*, e se não dava origem a uma obrigação literal servia para prova: a obrigação ficava estabelecida já pela enumeração[88].

Exceto esta forma de se obrigar por uma escritura outra não conheciam os romanos. Mas já não era assim com relação aos peregrinos; e é este o motivo por que se considerou de alguma maneira como um contrato literal para eles a obrigacão que provinha de um *Chirographum* (χειρόγραφον) ou *Syngrapha* (Ξυνγραφή)[89].

Gaius nada diz com relação à diferença entre *syngrapha* e *chiroqraphum*, e só um escritor não jurídico, *Asconius*[90], é que declara aquele como um ato bilateral sobre qualquer dívida, e este por uma declaração sobre dívida originada por um empréstimo[91].

De um contrato literal deve-se diferençar as escrituras conhecidas entre os romanos por uma *cautio*, ou *chirographum*, e que tinham lugar em dous casos: em primeiro lugar, muitas vezes dava-se um documento sobre uma estipulação que se fizera em pessoa, ou que se tinha mandado fazer por um escravo. A escritura neste caso não mudava a natureza da obrigação, que permanecia sempre o que era – uma obrigação verbal[92]. A outra espécie de *cautio* ou *chirographum*, era quando se dava uma escritura sem a forma de uma estipulação como prova (Bekenntniss) de se haver recebido um mútuo[93]. Aqui da mesma forma não se mudava a natureza do mútuo pela escritura. Quando pois o credor firmando-se no *chirographum*

86 Theoph. III, 21, pr.
87 L. 1 D. de ann. legat. (33, 1).
88 Gai. III, 131, 132.
89 Gai. III, 134.
90 (Ascon.) Ad orat. in Verrem II, 1 c. 36.
91 Walter Gesch. D. röm. Rechts T. 2. § 573. (Fritz) Innere Gesch. des röm. Privatrechtes. (Freiburg 1849) p. 125.
92 Gai. III, 134.
93 L. 41 § 2. D. de usur. (22, 1).

(*erhob*) a *condictio ex mutuo*, e que porém o réu negava ter recebido o dinheiro – devia o A. provar a numeração havida como a verdadeira causa da ação[94]. Como porém depois dos imperadores foi marcado o tempo da *exceptio non numerata pecuniae*, foi esta empregada naquela *exceptio* contra simples clarezas de dívidas, não tendo mais lugar logo que houvesse decorrido o prazo. Esta *exceptio non numeratae pecuniae* só tinha lugar dentro de um ano útil[95], prazo este, que depois foi mudado em um *quinquennium continuum*, e por último em um *bienium continuum*[96]. Deste modo tornou-se possível que uma pessoa sem estipulação e sem verdadeira numeração – e só pela escritura – se tornasse obrigado ao que se chamou uma obrigação literal, no direito moderno[97].

IV. *NEXUM*

§ 103. *Nexum* ou *contractus per aes et libram*: é um ato solene em presença de testemunhas, e no qual uma pessoa dava a outra uma certa quantia; porém nada mais era do que um empréstimo simbólico, mas tão valioso como se realmente se tivesse dado a quantia em espécie. Gellius[98] refere-nos a maneira por que o credor se havia como o devedor, quando este se obrigara para com aquele deste modo, *nexum*[99]; quando o devedor não pagava tendo porém confessado a sua dívida (*in jure*), quando ou tendo sido condenado pelo *judex* a satisfazê-la (*aeris confessis rebusque jure judicatis*) para o que tinha ainda uma delonga de 30 dias. Mas se neste espaço de tempo não a satisfazia, podia então o credor passar-lhe a mão (*manus injectio*)[100], e apresentá-lo em juízo, onde se porventura não achasse um *vindex*, que por ele se responsabilizasse[101], era então adicto pelo pretor

94 L. 3. 5. 7. C. de non num. pecun. (4, 30).
95 C. 1 C. Herm. tit. I de cauta et non num. pec.
96 L. 14 C. de non num. pec. (4, 30).
97 Plautus Asinar. I, 3. v. 95., Non. Marcell. V. 70.
98 Gell. XX, 1.
99 Liv. VII, 19.
100 Gai. III, 78; IV, 21.
101 Cic. de or. II, 63; Sen. ben. III, 8; Festus v. vindex; Gai. IV, 21 e seguintes.

ao credor *(addictus*, ou também *nexus* chamado)[102]. Por sessenta dias devia o credor trazer o devedor consigo preso a uma corrente e durante esse tempo apresentá-lo em três dias de mercado, proclamar a sua dívida e ver se alguém a pagava, e então podia vendê-lo como escravo para fora! O credor tratava o adicto como escravo seu, que era, e que devia trabalhar para satisfazer a sua dívida[103]; até que finalmente com a publicação de uma *lex Poetelia* se melhorou a condição destes infelizes. Mandava esta lei que todos os *nexi* fossem livres[104]; que se não entendessem com outras obrigações as desvantajosas conseqüências do *nexum*, devendo unicamente ser reduzido à escravidão o devedor quando realmente tivesse recebido dinheiro, e pela *actio depensi*[105]; e assim também que andassem eles presos em correntes.

Quanto à condição dos *addicti*, – depois[106], tornavam-se ingênuos logo que deixassem de estar sujeitos pela dívida. Entretanto não suponhamos com isso que a *addictio* pelas mesmas relacões se confunda com o *mancipium.*

V. FOENUS

§ 104. Um *mutuum* pode ser dado mediante um interesse ou mesmo sem ele; no primeiro caso chama-se *foenus*[107]. Por *usurae* entende-se a compensação que o credor recebe por uma *obliqatio quantitatis* pelo uso que tem, ou teve[108] o devedor do capital; a este se chama *caput* ou também *sors*[109]. Esta obrigação exigia, que houvesse um contrato bastando nas *obligationes bonae fidei um pactum adjectum*[110]; mas já nas *obligationes*

---

102 Liv. II, 23; Liv. VIII, 28; Valer. Max. VI, 1, 9; Varro de L. L. VII, 105.

103 Dion. Hal. VI, 79.

104 Cic. de rep. II, 34; Liv. VIII, 28.

105 Gai. IV, 25.

106 Guinet. Inst. VII, 3; V, 10; III, 6.

107 Non. Marcell. V, 78; L. 58 § 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1).

108 L. 13 § 20 D. de act. empti. (19, 1); L. 3 § 4 D. de usur. (22, 1); L. 58 § 2, 6 D. ad Sct. Treb. (36, 1).

109 L. 58 § 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1); L. 16. C. de usur. (4, 32); L. 16 § 6 D. de pign. (20, 1).

110 L. 24 D. depos. (16, 3); L. 10 § 4; L. 34 pr. D. mandati (17, 1); L. 24 D. de praescr. verb. (19, 5); L. 5. C. de pact. int. empt. et vend. (4, 54).

stricti juris, e por conseguinte em um empréstimo de dinheiro, era preciso uma estipulação, quando se quisesse ter direito a uma ação[111].

Em muitos casos mesmo sem um contrato podia-se exigir juros (*officio judicis praestantur)* já como indenização[112], já como pena imposta ao devedor[113], e já mesmo por motivos de eqüidade[114].

Os romanos dividiam o *as* em doze *uncias*; a *uncia* em 1/12, *sextans* 1/6 = 2/12, *quadrans* em 1/4 = 3/12, *triens* 1/3 = 4/12, *quicunx* 5/12, *senis* 1/2 = 6/12, *septunx* 7/12, *bes* (bis *triens*) 8/12, *dodrans* (*deest quadrans*) 9/12, *decunx s. dextans* (*deest sextans*) 10/12, *deunx* (*deest uncia*) 11/12, as 12/12[115].

Pela Lei das XII Tábuas não era permitido levar-se de juros mais do que o *foenus unciarium*, i. é 1/12 do capital ao ano ou 8 1/3 porcento[116]. A *lex Duilia Maenia* a. U. 398 recomendava fortemente que à risca se observasse o estabelecido sobre o *foenus unciarium*[117]. – Por um pebliscito a. U. 408, foi só permitido o *foenus semiunciarium,* ou 4 1/6%[118]; e uma *lex Genuncia* a. U. 413 até mesmo proibiu completamente o *foenus* entre cidadãos romanos[119]; o que porém deve ter sido por muito pouco tempo: porquanto os peregrinos que não estavam sujeitos às proibições e restrições legais dos juros – eram apresentados como credores, até que uma *lex Sempronia*, a. U. 559 com vistas de evitar isto – determinou que os sócios, com relação aos empréstimos de dinheiro, fossem considerados em tudo iguais a um romano[120].

---

111 Paul. S R. II, 14 pr.; L. 40 D. de reb. cred. (12, 1); L. 5 § 2 D. de solut. (46, 3); L. 10 § 4 D. mandati (17, 1); L. 3, 7. C. de usur. (4, 32).
112 L. 17 § 4; L. 32 § 2 D. de usur. (22, 1); L. 5. C. de pact. inter empt. et vend. (4, 54); L. 1. 2. C. B; de usur. rei jud. (7, 54); L. 31 § 3, L. 37 § 1. D. de neg. gest. (3, 5); L. 24. C. de usur. (4, 32); L. 15 D. de adm. tut. (26, 7).
113 L. 38 D. de neg. gest. (3, 5); L. 10 § 3 D. mand. (17, 1); L. 1 § 1. D. de usur. (22, 1).
114 L. 2, 35 D. de usur. (22, 1).
115 Varro de L. L. IV, 36.
116 Tacit. Ann. VI, 16.
117 Liv. VII, 16.
118 Liv. VII, 27.; Tacit. l. c.
119 Liv. VII, 42; Tacit. l. c.
120 Liv. XXXV, 7.

No sétimo século o costume grego de se pagar os juros mensalmente foi recebido em Roma e um *Senatusconsultum* a. U. 700 estabeleceu como o máximo dos juros mensais, *usuras centesimas*, isto é, 1% – 12% ao ano conseguintemente[121], e desde então a centésima mensal, – o *As*, que se taxava de diferentes formas, ou se dividia em *uncias*, a fim de se expressar maior ou menor porcentagem[122]. Contra devedores peregrinos não se cingiam a este *maximum*, antes pelo contrário deles se exigiam por mês *bina*, *ternae* e mesmo *quaternae centesimae*[123]; porém, entre romanos as *usurae centesimae* permaneceram como a maior porcentagem que se podia exigir até o tempo de Justiniano[124]. Juros ilimitados só se podia exigir por *pecunia trajectitia*, isto é, capital emprestado para empresas arriscadas – e que foi dado com a condição de ser pago no caso de se não ter ela malogrado[125], e era este o *foenus nauticum*, s. *usurae maritimae*[126]. Constantino fez também uma exceção, e foi, receber-se um terço por cada duas medidas de trigo emprestado[127]; e Graciano, que as *usurae rei judicata* que Caracala tinha fixado a 12% [128], fosse de 24% ao ano[129]: assim como Arcadius e Honorius proibiram aos senadores receberem mais de 1/2% ao mês[130].

Justiniano finalmente abaixou muito os juros, não se devendo nunca convir em mais de 6 (1/2% *centesima* mensalmente)[131]. *Personae illustres* não deviam estipular mesmo mais do que 4% (1/3 *centesima* mensalmente)[132]; os negociantes, porém, 8% (2/3 *centesima* mensalmente)[133].

---

121 Cic. ad Atticum V, 21.

122 Assim se chamavam binae, ternae, quaternae, quinae centesimae, 24, 36, 48, 60 porcento ao ano, e usurae quadrantes, 3 porcento, usurae trientes, 4 porcento, usurae quincunces, 5 porcento, usurae semisses, 6 porcento, usurae besses, 8 porcento ao ano.

123 Cic. ad Attic. V, 21; VI, 1, 2.

124 Paul. II, 14, § 2, 4; Frgm. Vatic. § 11; L. 8. C. si cert. pet. (4, 2); L. 1, 2. C. Th. de usur. (2, 33).

125 L. 1. 2. 3. 4. 5. pr. D. de naut. foen. (22, 2); L. 1, 3, 4. C. eod. (4, 33).

126 Paul. II, 14 § 3. L. 4 pr. L. 5, 6, 7, D. eod. L. 1, C. eod.

127 L. 1 C. Th. de usur. (2, 33).

128 L. 1 C. de usur. rei jud. (7, 54).

129 L. un C. Th. de usur. rei jud. (4, 19).

130 L. 4 C. Th de usur. (2, 33).

131 L. 26 § 1. C. de usur. (4, 32).

Como *foenus nauticum*, concedeu-se ainda 12% (uma *centesima* mensalmente)[134], assim como também para empréstimos, que não consistiam em dinheiro, *species foenori datae*[135]. Aos colonos não se devia levar mais do que uma *Siliqua de Solidus* (4%) por dinheiro emprestado, e por trigo emprestado 1/8 do capital (12 1/3%) ao ano[136].

---

132 L. 26 § 1. C. cit.
133 L. 26 § 1. C. cit. Nov. 136 c. 4.
134 L. 26 § 1. C. cit.
135 L. 26 § 1. C. cit.
136 Nov. 32 c. 1,; Nov. 34 c. 1.

. . . .

Capítulo II

OBRIGAÇÕES *EX DELICTO*

§§ I. *FURTUM*

105. *Furtum* cometia aquele que se apossava de uma *res mobilis* contra o que era de direito com o fito em um lucro. O ato de se apossar chamava-se *contractatio*, e as vistas no lucro *animus furandi lucri faciendi causa*[1]. O fim do tirar um lucro contra o que do direito está estabelecido pode estender-se a toda a cousa, ou ser só um lucro parcial como aconteceria com o apossar-se alguém do uso ou da posse[2]. Deste modo, até o próprio *dominus* pode cometer um furto[3]. Também havia possibilidade de furto na pessoa de homens livres em poder de outros.

Já a Lei das XII Tábuas fazia diferença entre *furtum manifestum,* e *nec manifestum*. Depois ampliou-se a sua significação. No tempo da Gaius dominava opinião: que se dava um *furtum manifestum* quando

1 Gai. III, 195; Gell. XI, 18.
2 L. 1 § 3 D. de furt. (47, 2); Gell. VII, 15; Valer. Max. VIII, 2, 4.

o ladrão fosse encontrado no lugar em que cometera o delito; depois, que era considerado tal quando ele ainda não tivesse podido levar a cousa para outro lugar. Outros ainda iam mais longe, e consideravam *furtum manifestum* sempre que o ladrão fosse encontrado com o objeto, opinião esta porém que não foi seguida[4]. A lei das XII Tábuas não tinha fixado a pena, que era deixada à convenção das partes – *damnum decidere*[5]. Um homem livre era castigado corporalmente, e adicto, quando se não tivesse concertado por um pacto com o roubado; os escravos eram castigados com a pena de morte, os menores eram castigados proporcionalmente e obrigados à indenização[6]. O *Pretor* porém a tudo isto substituiu a *actio furti manifesti* no duplo. Quanto ao *furtum nec manifestum* já a Lei das XII Tábuas dava uma *actio furti* no duplo como pena[7]. A era cujos *interest rem salvam esse*[8]. Por esta mesma lei mandava-se proceder a uma busca solene na casa, *lance et licio quaerere*[9]. O que era revistado era despido até a camisa, *licium*; *lanx* era um *schawl* que se levava na mão. Quanto a este último querem alguns que fosse designado para com ele cobrir-se o rosto *propter matrem familias' et virginum presentiam*; outros querem que servisse para nele se pôr o objeto, e segundo outros que era ele posto na cabeça a fim de que as mãos não ficassem livres. Se era a cousa achada dizia-se *furtum conceptum*; se estava em poder do ladrão, era este considerado como *fur manifestus*[10]. Além disso, tinha lugar a *actio furti conceptum*, no triplo[11]. Depois estabeleceu-se que a busca tivesse lugar perante testemunhas[12]. Aquele em cujo poder se achava o objeto tinha a *actio furti oblati* no triplo contra aquele de quem ele o tivesse havido[13].

---

3 L. 15 § 1; L. 19 § 6 D. eod.
4 Gai. III, 184; Gell. XI, 18.
5 Gai. IV, 37; L. 7 § 14 D. de pact. (2, 14).
6 Gai. III, 189; Gell. XI, 18; Plim. XVIII, 3.
7 Festus v. nec.; Gai. III, 190.
8 L. 10, 11, 12 pr. § 1.; L. 26 § 1; L. 71 D. de furtis (47, 2).
9 Gai. III, 192; Gell. XI, 18; XVI, 10; Festus v. lance et licio.
10 Gai. III, 192, 194.
11 Gai. III, 191.
12 Gai. III, 186.
13 Gai. III, 191.

Contra quem impedisse a busca, dava o *pretor* a *actio furti prohibiti* no quádruplo[14].

Por direito justinianeu, não havia senão uma *actio furti manifesti* e *nec manifesti* contra o ladrão e seus cúmplices[15].

II. RAPINA

§ 106. Nas guerras civis nos fins da República, tornou-se necessário dar uma garantia contra as violências, e o dano que delas necessariamente se seguiam. O pretor M. Lucullus publicou com referência a estas circunstâncias um edito pelo qual logo que homens armados (*homines armati caactiquei*) fizessem qualquer dano (*damni quid fecerint*) ou roubassem (*bona rapta esse dicentur*), dava-se contra eles uma ação no quádruplo, que depois foi chamada *actio vi bonorum raptorum,* a favor do prejudicado, ou roubado[16].

Nas Pandectas já não aparece a expressão *armati*: por interpretação foi também deixada a expressão *coacti* como não sendo necessária para fundamentar a ação[17]. Finalmente o *damnum*, que era em princípio a principal causa da ação, deixou também de ser considerado como necessário, ficou o roubo, rapina, então como a única causa[18].

III. DAMNUM INJURIA DATUM

§ 107. A *lex Aquiliae* do quinto ou sexto século[19] tratava sobre o dano feito às cousas alheias. Dela dizem respeito ao nosso caso o primeiro e terceiro capítulos.

---

14 Gai. III, 192.

15 § 3. I. de obl. quae ex del. (4, 1).

16 Cic. pro Tullio c. 5 « Judicium restrum est, Recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisque damnum factum est M. Tullio ».

17 L. 2 § 7 D. vi bonor. rapt. (47, 8).

18 L. 2 § 17 D. eod.; Gai. III, 209, IV, 8; pr. I. de vi bon rapt. (4, 2).

19 Cic. pro Tull. 44; Gai. III 210-219; Inst. IV, 3; de lege aquilia.

Cap. I. Aquele que *injuria* matasse um escravo ou *quadrupes pecus* devia pagá-los pelo seu maior valor no último ano. A ação era uma *actio mixta. Injúria* é tudo contra o que é de direito; dolo e culpa. O senhor era responsável pelo seu escravo logo que podia impedir o dano.

O cap. III. Por todo e qualquer outro dano, que *corpore corpori datum* era, marcava o maior preço nos últimos trinta dias, do contrário, tinha lugar o determinado no cap. I.

A *actio legis Aquilae* não tinha lugar sempre que o dano causado não foi por um ato corporal, como, por exemplo, prender, deixar morrer de fome; do mesmo modo sempre que não tinha lugar injúria da própria cousa, como, por exemplo, a soltura de um animal, que veio a recebê-lo; e finalmente quando não era uma cousa, que recebia o dano, e sim o corpo de um homem livre.

IV. INJÚRIA

§ 108. Injúria é aquele ato empreendido com vistas dolosas de prejudicar a alguém ou de causar-lhe mágoa ou dor[20], a essa espécie de *dolus* chama-se *animus injuriandi*. A Lei das XII Tábuas já determinava que fosse a *injuria* punida – e sendo esta lei modificada pelo edito dos Pretores, contudo a le*x Cornelia* marcou para este caso uma pena pública[21]. A injúria não é limitada a certos e determinados atos, antes pelo contrário pode ser exercida de diferentes modos. Assim dão-se *injuriae quae corpori inferuntur;* e são quando praticadas contra uma pessoa com o fim de fazer-lhe mal ou de maltratá-la[22], ou então tem lugar quando se procuram meios que possam ser nocivos à saúde[23]: *injuria ad dignitatem s. ad infamian pertinentes*; e são notícias falsas e caluniosas que de propósito se espalham contra um indivíduo[24]; asserções infundadas e que prejudicam a sua hon-

---

20 Pr. J. de injur. (4, 4) L. 1 pr. D. eod. (47, 10); L. 5 § 1. D. ad leg. aquil. (9, 2).

21 Paul. R. S. V. 4, 6.

22 Gai. III, 120; L. 1 § 2, L. 5 pr. § 1 L. 7 § 8. L. 8, 9 pr. L. 15 § 1. 27; L. 23, 27, 42, D. de injur. (47, 10).

23 L. 15 pr. D. eod.

24 L. 5 § 9, L. 15 § 27, 29 L. 18 pr. D. de injur. (47, 10); L. 5. C. eod.; l. un. C. famos. lib. (9, 36).

ra[25] etc.: além destes casos é também injúria atentar contra a liberdade de uma pessoa querendo restringir essa mesma liberdade[26]; privar alguém, prejudicá-la, ou aniquilar cousas que lhe pertencem[27], etc. Segundo a Lei das XII Tábuas, por um *membrum ruptum* – havia a pena de talião[28]; por um osso quebrado, os *fractum*, a de 300 *asses* quando pessoa livre, e de 150 *asses* quando escravo[29]; por *libelli famosi et carmina famosa* davam-se castigos corporais, *ictus fustium*[30]. – O edito dos Pretores reconhecendo a necessidade que havia de providenciar a este respeito, atentas as modificações que são necessariamente filhas do tempo e das circunstâncias, estabeleceu pena arbitrária para cada caso, devendo ela ser imposta conforme as circunstâncias de que se revestisse o fato[31]. As determinações da Lei das XII Tábuas não foram revogadas com isto, mas caíram em desuso[32]; a exceção da pena crime de um *libellus fumosus*, não só foi conservada, como ainda mesmo ampliada; porquanto um Senatusconsulto do tempo dos imperadores mandou que por caricaturas feitas contra alguém e espalhadas fosse a pena levada até mesmo à deportação[33]; e Valentiniano II mandou que aquele que achasse semelhantes cousas e as espalhasse, fosse punido como se fora o autor[34]. A lex *Cornelia de injuriis* por bordoadas ou cousas semelhantes, *verberare*, *et pulsare*, ou por violência praticada para entrar na habitação – concedia ao injuriado direito de exigir em vez da multa, uma pena criminal[35].

No tempo dos imperadores injúrias de filhos feitas aos pais eram também punidas criminalmente[36].

---

25 L. 11 § 9, L. 12, 22 D. de injur. D. (47, 10). L. 3, 9, 10 C. de injur. (9, 35).
26 L. 2 § 9 D. ne quib in loco publ. (43, 8); L. 13 § 7 D. de injur. (47, 10).
27 L. 55 pr. D. de furtis (47, 2); L. 15 § 31 D. de injur. (47, 10).
28 Festus v. Talionis; Gell. XVI, 10.
29 Gai. III, 223. Paul. V. 4 § 6.
30 L. 103 D. de V. S. (50, 16).
31 Gai. III 224; § 7. I. eod.
32 § 7. I. eod.; Gell. XVI, 10.
33 L. 5 § 10, 11; L. L. 6, 38 D. eod.
34 L. un C. de famos. lib. (9, 36).
35 § 8. I. de injur. (4, 4); L. 5, 7 § 1, L. 37 § 1. D. eod.; L. 12 § 4 D. de accus. (48, 2); L. 22 § 2 D. ad leg. Jul de adult. (48, 5)
36 L. 1 D. de obrig. (37, 15); L. 4 C. de patr. pot. (8, 47).

Para mover a ação, nem sempre é só o injuriado o habilitado – mas também aqueles que a si podiam chamar as injúrias, e são: o marido por sua mulher[37], o noivo pela sua noiva[38], o pai por seus filhos[39], o padrasto pela enteada[40], o senhor pelo seu escravo[41], e o herdeiro pelo testador pelas injúrias que depois de sua morte lhe foram feitas ou dirigidas[42]. Os filhos em pátrio poder só podem mover a ação quando seu pai se achasse impossibilitado de o fazer[43]. – A injúria ou é *atroz*, ou *levis*; – sendo a injúria *atroz* avaliada em muito mais[44]. Por injúrias por parte do escravo, vai a ação como *actio noxalis* contra o senhor, que tem a escolha quando não quer pagar, de receber a *noxae datio*, ou responsabilizar-se para com o juiz pela entrega do escravo para ser castigado.

---

37 § 2. I eod.; L. 1 § 3; L. 2, L. 11 § 7, L 17 § 10-14, 22 D. de injur. (47, 10).
38 L. 15 § 24 D. eod.
39 § 2 I. eod.; L. 1 § 3, 5, 8, L. 26 D. eod.; Gai. III, 221.
40 § 3-6 I. eod. L. 1 § 3, 7, L. 15 § 34-49, L. 16, L. 25, L. 26 D. eod. Gai. III 222; L. 1. C. eod.
41 L. 1 § 4, 6. D. eod.
42 L. 17 § 10-22 D. eod.
43 Paul. V, 4 § 10.
44 L. 17 § 4-9 D. eod.; Paul, V, 4 § 22.

"O manual de Luís Antônio Vieira da Silva, considerando-se o meio e a época em que foi escrita, é notável.

"É ela constituída de uma introdução e de quatro livros, referentes, respectivamente, ao direito das pessoas, aos iura in re, à sucessão e às obrigações.

"Em sua exposição, Luís Antônio Vieira da Silva, a par de demonstrar amplo conhecimento da literatura romanística germânica de sua época – há citações de obra de Spangenbert, Boeking, Puchta, Dirksen, Schilling, Hugo, Tibaut, Walter, Savigny, Vangerow, Zimmern, Rhein, Hasse, Dans, Walch, Huschke, Schwanert, Hoffman –, documenta todas as passagens de seu manual com abundantíssima indicação não só de fontes jurídicas pré-justinianéias e justinianéias, mas também de fontes literárias.

"Essa documentação, apresentada em notas sintéticas, não retira o caráter didático do texto da obra, o qual, em linguagem clara, fornece uma síntese precisa da evolução das instituições de direito privado romano em conformidade com o que de melhor se escrevera na Alemanha do tempo.

"Este livro, que até hoje pode ser lido com proveito, não foi, porém, utilizado no ensino das duas Faculdades de Direito então existentes: a de São Paulo e a de Recife."

José Carlos Moreira Alves